

**UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE, DE SEVILLA**

**TESIS DOCTORAL:**

**“VALIDEZ E INVALIDEZ DE ACTOS Y DOCUMENTOS  
ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO”**



**AUTOR: Antonio David Berning Prieto**

**DIRECTOR: Dr. Eduardo Gamero Casado**

*A mi abuelo Antonio, a mis padres,  
a Rocío y a mis queridos hijos, con eterna gratitud*

ABREVIATURAS .....	11
ABSTRACT .....	15
RESUMEN.....	17
INTRODUCCIÓN .....	19
1. Objeto y oportunidad de la presente investigación: justificación de la elección del tema.....	19
2. Objetivos cuyo alcance se pretende.....	21
3. Metodología científica de investigación empleada en su elaboración .....	23
4. Estructura del trabajo.....	26
5. La administración electrónica como nuevo paradigma en el funcionamiento de las Administraciones Públicas: evolución y situación actual regulatoria en España en relación con la actividad administrativa electrónica y su inevitable influencia en el documento y acto administrativos.....	28
PRIMERA PARTE: TEORÍA GENERAL DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS .....	33
CAPÍTULO I: ORIGEN HISTÓRICO DE LA TEORÍA GENERAL DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS .....	33
1. El mecanismo de la invalidez. Una breve aclaración terminológica a los efectos del presente trabajo .....	33
2. Origen de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos: del esplendor en Derecho Romano a su caída en el Bajo Imperio y etapas coetáneas .....	39
3. El régimen de la invalidez de los actos y negocios jurídicos en Derecho Civil: de su génesis a la regulación actual .....	50
4. El origen del caos: la histórica traslación de la teoría iusprivatista de la invalidez de los actos y negocios jurídicos al Derecho Administrativo .....	67
CAPÍTULO II: LA RECEPCIÓN DEL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO: REGULACIÓN ACTUAL .....	79
1. Planteamiento general .....	79

2. Una premisa necesaria: del concepto de acto administrativo.....	84
3. Una necesaria delimitación conceptual previa: de la ilegalidad e invalidez de los actos administrativos.....	90
4. De los distintos grados de invalidez: la nulidad radical, absoluta o de pleno Derecho .....	93
4.1. Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 47.1.a LPAC).....	100
4.2. Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio (artículo 47.1.b LPAC).....	103
4.3. Los que tengan un contenido imposible (artículo 47.1.c LPAC) .....	105
4.4. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. En especial, el caso de la suplantación de la firma manuscrita (artículo 47.1.d LPAC) .....	106
4.5. Los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (artículo 47.1.e LPAC) .....	109
4.6. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (artículo 47.1.f LPAC) .....	113
4.7. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal (artículo 47.1.g LPAC).....	115
4.8. Otros motivos de nulidad .....	116
5. La nulidad relativa o anulabilidad.....	117
5.1. Delimitación .....	117
5.2. Los vicios de forma y la validez .....	121
6. Las meras irregularidades no invalidantes .....	127
SEGUNDA PARTE: LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO .....	130

CAPÍTULO III: MARCO NORMATIVO DE LOS ACTOS Y DOCUMENTOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO Y TEORÍA GENERAL DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE SU INCUMPLIMIENTO .....	130
1. El régimen jurídico de los actos y documentos administrativos en soporte electrónico.....	130
1.1. Los documentos y actos administrativos en soporte electrónico en la LPAC.....	130
1.2. El ENS, el ENI y las Normas Técnicas de Interoperabilidad .....	133
1.3. Breve referencia a las disposiciones autonómicas .....	143
2. Teoría general de las consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos de los actos y documentos administrativos en soporte electrónico: actos válidos o inválidos y documentos perfectos o defectuosos.....	145
2.1. Actos administrativos válidos o inválidos y documentos administrativos perfectos o defectuosos .....	146
2.2. Consecuencias de la calificación de un acto como inválido o un documento como defectuoso.....	152
CAPÍTULO IV: LOS DEFECTOS DOCUMENTALES Y LOS MOTIVOS DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS CON LA FIRMA ELECTRÓNICA.....	156
1. Los fundamentos técnicos y tecnológicos de la firma electrónica como base del sistema: planteamiento general. La criptografía como presupuesto de su seguridad.....	156
2. Carácter supranacional de la cuestión: el Reglamento (UE) 910/2014 y su potencial incidencia en las Administraciones Públicas y sus documentos y actos administrativos en soporte electrónico .....	164
2.1. La identificación electrónica .....	168
2.2. La necesaria interoperabilidad de los sistemas de identificación electrónica y la cooperación entre Estados: regulación del órgano de supervisión y la notificación de los servicios de confianza por parte de los Estados miembros.....	173

2.3. Regulación de la firma y sello electrónicos. Novedades respecto al <i>time stamping</i> o sellado electrónico de tiempo.....	179
2.4. El servicio de entrega electrónica certificada y la autenticación de sitios web: ¿una nueva posibilidad para la Administración? .....	183
3. La firma electrónica y su incidencia en los documentos y actos administrativos.....	184
3.1. La omisión de la firma electrónica en el documento o acto administrativo.....	186
3.2. Incidencia en documentos y actos de la validez de la firma o sello electrónicos que los mismos incorporen, dependiente, a su vez, de la validez del certificado.....	191
3.3. La utilización por la Administración de un sistema de firma o sello electrónicos <i>contra legem</i> , salvo en las relaciones internas o domésticas .....	197
3.4. La problemática derivada de la suplantación de la firma electrónica y su relación con la cesión ilegítima de la firma electrónica por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas: una necesaria regulación <i>ad hoc</i> .....	200
3.4.1. Del necesario uso exclusivo personal e intransferible del certificado electrónico por parte de su titular: la cesión voluntaria de la firma electrónica.....	201
3.4.2. Exceso en el uso de la firma electrónica.....	203
3.4.3. Suplantación y usurpación de la firma (identidad) electrónica.....	204
3.4.4. La firma electrónica por orden y la delegación de firma.....	206
3.4.5. Breve mención a la utilización del certificado electrónico particular (no de empleado público) en la actividad administrativa electrónica .....	209
3.5. Incumplimiento de los requisitos de preservación de la longevidad de la firma y su interoperabilidad.....	211
3.6. La incidencia de la firma electrónica en la actividad administrativa automatizada (remisión) .....	213

CAPÍTULO V: REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS ELECTRÓNICOS:  
POSIBLES VICIOS Y SU INFLUENCIA EN LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO  
ELECTRÓNICO ..... 214

1. El documento y su evolución hacia el soporte electrónico ..... 214
2. El documento administrativo electrónico ..... 221
3. La necesidad de incorporar firma electrónica: remisión..... 225
4. Cuestiones relativas al formato ..... 225
5. Los datos de identificación del documento que permiten su individualización y su incidencia en la perfección del documento o en la validez del acto ..... 232
6. Los errores u omisiones en los metadatos..... 234
7. La referencia temporal del documento y consecuencias de su incorrección o ausencia; posible contaminación del defecto del documento al plano de la validez del acto administrativo como tipo específico documental ..... 242

CAPÍTULO VI: VALIDEZ DE LAS COPIAS REALIZADAS POR LAS ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS ..... 252

1. Concepto de copia documental..... 252
2. La validez de las copias auténticas de documentos públicos administrativos o privados. El necesario reconocimiento del nuevo concepto de copia defectuosa (no inválida) ..... 254
  - 2.1. Definición de copia auténtica..... 254
  - 2.2. Documentos y copias aportados por los interesados ..... 255
  - 2.3. Una premisa necesaria: de la competencia para realizar las copias auténticas..... 256
  - 2.4. La copia electrónica de un documento electrónico original o de una copia auténtica..... 260
  - 2.5. Copias electrónicas de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización..... 263
  - 2.6. Copias en soporte papel de documentos electrónicos..... 268

2.7. Copias en soporte papel de documentos originales conservados también en dicho soporte.....	269
2.8. La copia electrónica compulsada o la expedición de copias auténticas de documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo ...	271
3. Del incumplimiento de las normas técnicas aplicables en la generación de copias.....	271
4. La problemática de la posible copia defectuosa por haber sido expedida por personal no habilitado (o no funcionario).....	274
5. Las copias defectuosas por haber sido emitidas por un tercero no perteneciente a la Administración Pública competente. Especial referencia a los prestadores de servicios <i>cloud computing</i> .....	283
6. La copia defectuosa por adolecer de garantías suficientes de autenticidad e integridad .....	285
7. La conversión de formato y su relación con las copias defectuosas o irregulares.....	286
CAPÍTULO VII: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y SU INCIDENCIA EN LOS ACTOS Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS .....	291
1. Especialidades de los posibles defectos o vicios en que pueden incurrir los documentos y actos administrativos electrónicos dictados mediante sistemas automáticos: la actividad administrativa automatizada .....	291
1.1. Concepto .....	291
1.2. Requisitos .....	294
1.3. Especial referencia a la competencia.....	298
1.4. Ausencia o defecto de los requisitos de la actividad administrativa automatizada.....	301
1.5. Breve referencia a la motivación .....	304
1.6. Vicios en el funcionamiento de los sistemas automatizados .....	306
1.6.1. Error en la programación .....	306



1.6.2. Incapacidad del algoritmo .....	307
1.7. Especialidades de la firma electrónica en la actividad administrativa automatizada y su incidencia en documentos y actos administrativos electrónicos.....	308
2. Vicios de que adolecen los actos administrativos cuando la voluntad de órganos colegiados (deliberaciones y toma de decisiones) se ha formado haciendo uso de los medios electrónicos.....	313
3. La incidencia de los servicios de <i>cloud computing</i> en la perfección o validez de los documentos y actos administrativos electrónicos, respectivamente.....	321
3.1. Aspectos generales.....	321
3.2. De la incidencia en la validez de los actos o la perfección de los documentos administrativos electrónicos cuando los servicios <i>cloud</i> se emplean como servicios de gestión documental .....	324
4. Códigos maliciosos, virus o <i>malware</i> y su posible incidencia en los documentos y actos administrativos electrónicos. Distinción del concepto de fichero dañado o corrupto.....	328
5. El portal de internet o Punto de Acceso General (PAG) y las actuaciones que se deben realizar a través de la sede electrónica .....	332
CAPÍTULO VIII: LÍMITES DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO .....	337
1. Límites generales de los efectos de la invalidez.....	337
1.1. Los efectos de la invalidez y su necesaria modulación .....	338
1.2. Los límites derivados del artículo 110 LPAC.....	341
1.3. El principio de confianza legítima .....	343
2. El principio de conservación de los actos administrativos y las técnicas de sanación.....	347
2.1. El principio de presunción de validez de los actos administrativos.....	350

2.2. La incomunicación (electrónica) de la invalidez <i>versus</i> la conservación electrónica de actos y trámites electrónicos.....	353
2.3. La conservación de actos y trámites .....	358
2.4. La invalidez parcial .....	360
2.5. Convalidación electrónica .....	362
2.5.1. Convalidación legislativa.....	363
2.5.2. Convalidación administrativa.....	365
2.6. Conversión electrónica.....	373
CONCLUSIONS .....	379
CONCLUSIONES.....	395
BIBLIOGRAFÍA .....	412

## ABREVIATURAS

Abs.	<i>Abschnitt</i> (apartado)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>BVerfGE</i>	<i>Bundesverfassungsgerichts</i> (Tribunal Constitucional Federal alemán)
CAD	<i>Codice dell'amministrazione digitale</i> (Código de la Administración Digital italiano)
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<i>CR</i>	<i>Computer und Recht</i>
CRLs	<i>Certificate Revocation Lists</i> (Listas de Revocación de Certificados)
CSV	Código Seguro de Verificación
DNI	Documento Nacional de Identidad
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
<i>DÖV</i>	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i>
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
<i>DVBl</i>	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
ENI	Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la administración electrónica
ENS	Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la administración electrónica
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FNMT-RCM	Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda
GMT	<i>Greenwich Mean Time</i> (Tiempo Medio de Greenwich)

ISO	<i>International Organization for Standardization</i> (Organización Internacional de Normalización)
<i>jurisPR-ITR</i>	<i>PraxisReport IT-Recht</i>
LAE	Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 1958
LPH	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
MINHAP	Ministerio de Hacienda y Administración Pública
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NTI	Norma Técnica de Interoperabilidad
NTICE	Norma Técnica de Interoperabilidad de Catálogo de Estándares
NTIDD	Norma Técnica de Interoperabilidad de Digitalización de Documentos
NTIDE	Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico
NTIEE	Norma Técnica de Interoperabilidad de Expediente Electrónico

NTIMDIAER	Norma Técnica de Interoperabilidad de Modelo de Datos para el Intercambio de Asientos entre las Entidades Registrales
NTIPCACDE	Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de Copiado Auténtico y Conversión entre Documentos Electrónicos
NTIPFSECA	Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración
NTIPID	Norma Técnica de Interoperabilidad de Protocolos de Intermediación de Datos
NTIRCRCAP	Norma Técnica de Interoperabilidad de Requisitos de Conexión a la Red de Comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas
NTIRMDPGDE	Norma Técnica de Interoperabilidad de Relación de Modelos de Datos y de Política de Gestión de Documentos Electrónicos
NTIRRI	Norma Técnica de Interoperabilidad de Reutilización de Recursos de la Información
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
NWVBl	<i>Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter</i>
NZS	<i>Neue Zeitschrift für Sozialrecht</i>
OCSF	<i>Online Certificate Status Protocol</i> (Protocolo en Línea de Estado del Certificado)
PAG	Punto de Acceso General
PIN	<i>Personal Identification Number</i> (Número de Identificación Personal)
PRDLPAC-RJSP	Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, sometido a información pública el 23 de mayo de 2018
RAAP	<i>Revista Andaluza de Administración Pública</i>
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i>
Rec.	Recurso
ReIDAS	Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de

	confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RLAE	Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos
ROA	Real Instituto y Observatorio de la Armada
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SG	<i>Signatur Gesetz</i> (Ley de Firma Electrónica alemana)
SGDE	Sistema de Gestión de Documentos Electrónicos
SGDEA	Sistema de Gestión de Documentos Electrónicos de Archivo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSA	<i>Time Stamping Authority</i> (Autoridad de Sellado de Tiempo)
UE	Unión Europea
UTC	<i>Coordinated Universal Time</i> (Tiempo Universal Coordinado)
VV.AA.	Varios autores
ZPO	<i>Zivil Prozess Ordnung</i> (Ley de Enjuiciamiento Civil alemana)
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>

## **ABSTRACT**

The aim of the current work concerns the institution of invalidity, a key notion in administrative law, as seen from a contemporary perspective and in particular its application in eGovernment and the electronic medium for users which prevails in this area.

At present, after the entry into force of the new legislation of the common administrative procedure and the legal system of the public sector, a paradigm shift has taken place, which requires the mandatory electronic functioning of public administrations: eGovernment. In order to accomplish this goal, technical requirements related to the electronic media in which procedures are generated have been added to the traditional normative requirements for documents and administrative resolutions. However, no consequence has been envisaged in the event of any such requirement being breached. This makes it essential to undertake an analysis of the various situations in which the documents or administrative resolutions could be found in electronic media with a view to determining the consequences which are considered appropriate in each case, as well as the effects derived from the breach.

To this end, we start out from the roots and origins of the figure of invalidity, since many of the issues which are current proving to be more controversial and more complex to resolve have their origins in the offshoot of an institution originally conceived with a purpose and practice in other legal fields, without the necessary adaptation. In this way, in this work we engage in a review of the electronic media requirements which must be met by administrative resolutions, in order to determine whether their non-compliance would be determinant of invalidity (and if so, if this is sufficient to be classified as absolute or as relative nullity) or, to the contrary, whether they would have to be seen as mere irregularities without invalidating effects.

Furthermore, working on the premise of the differentiation between resolutions and documents, some forecasts should be established in relation to the defects of a documentary nature which affect administrative resolutions as a special documentary typology; in the case of administrative documents, the classical categories of invalidity foreseen especially for administrative resolutions cannot be used, i.e. absolute and relative nullity, so this work proposes a new denomination of this type of defect.

This also includes the different possible cases that may occur in the current regime of making authentic copies foreseen by the legislator, in which requirements have been established, but no consequences in relation to their breaches.

One of the most important requirements of resolutions and documents in an electronic medium is the incorporation of the electronic signature: a specific chapter is devoted to this issue, wherein the necessary regulation for these purposes is examined, to the extent that it represents a paradigm shift away from the traditional handwritten signature, on paper, to the electronic one, specifically intended for the digital environment.

Likewise, eAdministration (digitalized administrative activity) involves digital document management, which has an impact on administrative documents and resolutions: therefore, the possible different changes that could occur have also been examined. One of the most relevant aspects is automated administrative activity, which is given specific consideration here. Finally, the range of issues which are thrown up by the effect of new technology upon administrative documents and resolutions is also dealt with, with a view to providing solutions to the complicated issues in a case study, without losing sight of the presumption of validity and the traditional validating techniques of administrative resolutions, which are examined in this work.



## RESUMEN

El presente trabajo pretende efectuar un tratamiento de la institución de la invalidez, tan relevante en Derecho Administrativo, desde una perspectiva contemporánea, adecuada a la administración electrónica y el soporte que en este ámbito predomina, el electrónico.

En la actualidad, tras la entrada en vigor de la nueva legislación de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público, se ha llevado a cabo un cambio de paradigma que supone el funcionamiento preceptivamente electrónico de las Administraciones Públicas. A tal fin, a las tradicionales exigencias normativas para documentos y actos administrativos se han adicionado requisitos de carácter técnico, o relacionados con el soporte electrónico en que se generan y dictan.

Sin embargo, no se ha previsto consecuencia alguna para el caso de que se incumpla cualquiera de tales requisitos, por lo que resulta imprescindible efectuar un análisis de las distintas situaciones en que podrían encontrarse los documentos o actos administrativos en soporte electrónico para concluir determinando las consecuencias que se consideran adecuadas en cada una de ellas, así como los efectos que debe producir. Para ello, se parte de las raíces y orígenes de la figura de la invalidez, ya que muchas de las cuestiones actualmente más polémicas y con mayores complejidades en su resolución provienen del injerto de una institución originalmente concebida con una finalidad casuística y práctica a otros ámbitos jurídicos, sin la necesaria adecuación. De esta manera, se procede en el trabajo a un cribado de los requisitos que deben reunir los actos administrativos en soporte electrónico, para determinar si su incumplimiento sería determinante de invalidez (y en caso afirmativo, si se trataría de nulidad de pleno Derecho o de mera anulabilidad) o por el contrario representarían meras irregularidades no invalidantes.

Por otra parte, y partiendo de la diferenciación entre acto y documento, deben establecerse algunas previsiones en relación con los vicios de carácter documental que afectan a los actos administrativos como especial tipología documental; en el caso de los documentos administrativos, no pueden emplearse las clásicas categorías de la invalidez previstas expresamente para los actos administrativos, esto es, nulidad y

anulabilidad, por lo que en este trabajo se propone una nueva calificación de este tipo de vicios.

Ello comprende también las vicisitudes que pueden darse en el vigente régimen de realización de copias auténticas previsto por el legislador, en el que se han establecido requisitos, pero ninguna consecuencia en relación con su incumplimiento.

Uno de los requisitos más importantes de los actos y documentos en soporte electrónico es la incorporación de firma electrónica, razón por la cual se le dedica a esta cuestión un capítulo específico con el fin de examinar la regulación precisa a estos efectos, toda vez que se da un verdadero cambio de paradigma desde la tradicional firma manuscrita, propia del soporte papel, a la electrónica, específicamente destinada al soporte electrónico.

Igualmente, la actividad administrativa en soporte electrónico conlleva la gestión electrónica documental, que tiene incidencia en los documentos y actos administrativos, por lo que se han examinado también las posibles vicisitudes que podrían acaecer. Uno de los aspectos más relevantes es la actividad administrativa automatizada, por lo que es objeto de tratamiento diferenciado y, en definitiva, se tratan todas las cuestiones que las nuevas tecnologías pueden traer consigo en relación con actos y documentos administrativos en soporte electrónico, pretendiendo dar solución a las mismas en un análisis casuístico, sin perder de vista la presunción de validez y las tradicionales técnicas de sanación de los actos administrativos, que son objeto de tratamiento.

## INTRODUCCIÓN

### 1. Objeto y oportunidad de la presente investigación: justificación de la elección del tema

La problemática de la invalidez es una de las cuestiones más relevantes del Derecho Administrativo. Sin embargo, hasta la fecha no se ha abordado ningún trabajo que ponga en relación la dogmática de la invalidez con los requisitos que los documentos y los actos administrativos deben observar a la vista de la legislación de procedimiento administrativo vigente en la actualidad, así como las consecuencias de su incumplimiento en el plano de la validez.

Y es que las Administraciones Públicas, en consonancia con el progreso tecnológico, llevan años apostando por el avance y la implantación de la administración electrónica como paradigma de su funcionamiento, prueba de lo cual es el sinfín de normas de carácter técnico-jurídico que han ido proliferando en el moderno Derecho Administrativo. Y es que, como ya tuvo ocasión de afirmar CASTELLS<sup>1</sup>, la tecnología no determina a la sociedad, pero es ésta la que define el curso de la transformación tecnológica, sin que sea posible comprender a la sociedad actual sin tener en cuenta los instrumentos tecnológicos.

Algún autor alemán como WIDMANN<sup>2</sup> ha puesto de manifiesto el proceso interno que cualquier Administración debe seguir en aras a conseguir la excelencia a través de la implementación de la tramitación electrónica, proceso que se inicia con el establecimiento de un *Workflow* interno íntegramente electrónico, gracias a un rediseño de procesos. No obstante, a pesar del carácter innovador que ha caracterizado siempre a la Administración Pública española y al legislador que se ha encargado de regular el fenómeno, se advierten en la actualidad, en determinadas instituciones tradicionales, incoherencias entre la norma y la realidad que regula.

---

<sup>1</sup> CASTELLS, M.: *La nascita della società in rete*, Università Bocconi Editore, 2004, pp. 5 y ss.

<sup>2</sup> WIDMANN, A.: "PeP – Der elektronische Einkauf der Bundesagentur für Arbeit", en EßIG, M.: *Exzellente öffentliche Beschaffung Ansatzpunkte für einen wirtschaftlichen und transparenten öffentlichen Einkauf*, Ed. Springer Gabler, Wiesbaden, 2013, p. 180

Esta discordancia se hace patente en una institución clásica de especial relevancia e interés teórico-práctico como es la teoría general de la invalidez de los actos administrativos, hecho que ha motivado la elaboración del presente trabajo. A pesar de la evolución que ha experimentado a lo largo de la Historia del Derecho, reiteradamente se han vuelto a cometer errores de antaño al trasladarla a regulaciones más recientes, tanto de naturaleza iusprivatista como posteriormente iuspublicista, como se tendrá ocasión de examinar en el primer Capítulo y, así, se explica que se mantengan aún en la actualidad, en las Leyes 39<sup>3</sup> y 40/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), respectivamente, supuestos de hecho ideados por el legislador de la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo<sup>4</sup> (LPA), los cuales fueron objeto de reformulación y ampliación en su día en virtud de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, (en adelante, LRJPAC), momento desde el cual dicha regulación ha permanecido prácticamente inalterada.

Así, tras más de dos décadas manteniéndose la regulación de la invalidez sin variación, y el auge imparable del fenómeno tecnológico, se estima conveniente iniciar el estudio de la cuestión, en primer lugar, con el estudio de la génesis de la teoría de la invalidez de los actos en Derecho Privado y su posterior traslación al Derecho Administrativo para, una vez expuestas las bases de las nuevas tecnologías aplicadas a la ciencia jurídica, con el fin de comprender convenientemente el fenómeno electrónico en toda su amplitud y su regulación, examinar la incidencia que suscita en la teoría de la invalidez en Derecho Público.

Una vez sentadas las bases históricas, fundamentales para la adecuada comprensión de la institución y su evolución, así como algunas de las propuestas que a lo largo del trabajo se realizarán, se efectuará un análisis de la teoría general de la invalidez de los actos administrativos para aplicarla al soporte electrónico, extendiendo el estudio a los

---

<sup>3</sup> Curiosa y casualmente, la legislación reguladora del procedimiento administrativo actualmente vigente ha vuelto a regular la invalidez de los actos administrativos en sus artículos 47 y siguientes, aunque en la LPA se rubricó “Invalidez” y en la actual LPAC se emplea “Nulidad y anulabilidad”.

<sup>4</sup> Ley que dedicaba la Sección Tercera del Capítulo Segundo a la invalidez, concretamente los artículos 47 y siguientes.

documentos administrativos generados también en dicho soporte, para no sólo adaptar los supuestos de hecho vigentes a la nueva realidad imperante, como se ha visto obligada tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia, sino para proponer la inclusión *ex novo* de aquellos supuestos que, acordes con el fenómeno digital, pueden dar lugar a la invalidez de los actos, y dar así mismo cabida a los defectos documentales, toda vez que los documentos han pasado de encontrarse en las sombras, ostentando únicamente un papel fundamental para la ciencia archivística, a un primer plano protagonista en la actividad administrativa y, por ende, de la ciencia jurídica. Todo ello redundará en la efectiva verificación del principio de seguridad jurídica, puesto que a pesar de haberse regulado en el artículo 26.2 LPAC los requisitos de los documentos administrativos en soporte electrónico, no se han previsto las consecuencias para el caso de su incumplimiento, como hubiese sido deseable.

Así, con el presente trabajo se pretende efectuar una propuesta realista de regulación del fenómeno de la invalidez, tanto en relación con los documentos como con los actos administrativos, en ambos casos en soporte electrónico, en el moderno Derecho Administrativo, el cual no sólo debe detenerse a regular el nuevo fenómeno tecnológico aplicado a las Administraciones Públicas, sino que también debe preocuparse por adaptar las instituciones clásicas a la nueva forma en que realiza su actividad la Administración Pública en general, para así evitar incoherencias en el sistema.

## **2. Objetivos cuyo alcance se pretende**

La presente Tesis tiene por objeto efectuar un recorrido a través de la evolución histórica de la teoría de la invalidez de los actos administrativos en Derecho, su esencia y origen, para así comprender y exponer con claridad cómo pasó de concebirse la institución en Derecho Romano a trasladarse al Derecho Privado, siendo asumido, posteriormente, por el Derecho Administrativo a partir de este último.

De esta forma se puede efectuar un análisis posterior de cómo ha influido su origen y la forma de trasladarse su aplicación a ámbitos tan dispares para los que inicialmente fue concebida la institución de la invalidez, de manera que se pueda examinar con rigor la regulación actual, que es objeto de examen en los primeros capítulos, y efectuar

propuestas coherentes en relación con el fenómeno electrónico, como se lleva a cabo en los sucesivos.

De esta forma se podrá conseguir el propósito principal, que no es otro sino efectuar una verdadera reflexión y aportación a la actual teoría de la invalidez en Derecho Administrativo sobre la base de las incidencias que las nuevas tecnologías han traído consigo para las Administraciones Públicas y los administrados. Se pretende conseguir así, a través de la formulación de propuestas, una verdadera adaptación de la clásica institución de la invalidez de los actos administrativos a la nueva realidad digital, diferenciándola de los defectos que pueden afectar a los documentos administrativos generados en soporte electrónico pero los cuales pueden tener, a su vez, incidencia en la validez de los actos administrativos cuando tales documentos documentan un acto.

Para ello, se torna preciso tratar tanto el objeto jurídico de investigación, como aquellos aspectos técnicos que son necesarios para una verdadera comprensión de la administración electrónica, ya que resulta crucial una correcta comprensión de la técnica para poder posteriormente efectuar propuestas que, aun tratándose de instituciones de naturaleza jurídica, involucran directamente a la tecnología, al depender, en definitiva, aquéllas de ésta, y retroalimentarse entre sí. Y es que, como ya afirmaba BADENES<sup>5</sup>, el jurista no puede ser sólo jurista, ni se puede liberar al Derecho de su contacto con otros problemas culturales, a los que debe dar respuesta el investigador en su labor a través, entre otros, del método jurídico. Para ello, autores alemanes como HOFFMANN-RIEM o SCHNEIDER<sup>6</sup> apuntan que una investigación innovadora debe llevarse a cabo a través de una perspectiva investigadora orientada al problema, aunando perspectivas de carácter intradisciplinar y transdisciplinar, de forma que el procedimiento y la técnica, por ejemplo, sean tratados y relacionados con el Derecho Tributario, de la Energía o del Medio Ambiente, pues no puede llevarse a cabo una investigación realmente innovadora si no se ponen todas las herramientas (como las tecnologías de la información y las comunicaciones) y los conceptos jurídicos aplicables en interrelación. Es por ello que en el presente trabajo se intenta efectuar una

---

<sup>5</sup> BADENES GASSET, R.: *Metodología del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 25

<sup>6</sup> HOFFMANN-RIEM, W. y SCHNEIDER, J.-P.: "Zur Eigenständigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung", en HOFFMANN-RIEM, W. y SCHNEIDER, J.-P. (Hrsg.): *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, p. 402

investigación que relacione la tecnología con una de las instituciones más tradicionales del Derecho Administrativo: la invalidez de los actos administrativos, con la especialidad de encontrarse éstos en soporte electrónico.

Entre otros aspectos técnicos imprescindibles en la moderna realidad jurídica, el de mayor relevancia, motivo por el cual se le dedica un capítulo específico, es la incidencia que los certificados electrónicos (en especial la firma electrónica) han supuesto para el moderno Derecho Administrativo, partiendo para ello de la base teórica de la firma electrónica para comprender correctamente su funcionamiento técnico, examinándose así mismo la regulación comunitaria para así, a continuación, examinar los requisitos establecidos en la normativa nacional vigente del procedimiento administrativo y el sector público en materia de generación de documentos y actos administrativos en soporte electrónico, con las vicisitudes que la incorporación de la firma electrónica a los mismos puede conllevar, así como las implicaciones que tienen en la actividad administrativa automatizada los diversos certificados electrónicos existentes.

Dado que se ha establecido un nuevo régimen para la elaboración de copias auténticas por parte de la Administración, también se ha establecido como objetivo la diferenciación de los métodos previstos para ello en la normativa y la posible incidencia en la validez de las mismas de cualquier vicisitud relacionada con el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos, que no sólo son de carácter jurídico, sino también de carácter técnico y deben tenerse en cuenta al tiempo de su elaboración.

Por último, se pretende igualmente determinar si existe algún tipo de especialidad en relación con las tradicionales técnicas de sanación, que pretenden mantener la vigencia del acto el cual, aún inválido, gozaría de la presunción de validez propia de los actos administrativos.

### **3. Metodología científica de investigación empleada en su elaboración**

La metodología de la ciencia, como la define HERNÁNDEZ GIL<sup>7</sup>, es aquella disciplina que tiene por objeto el estudio del método a seguir para el conocimiento de una materia científica, no sólo con fines investigadores, sino también prácticos.

---

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ed. Espasa Calpe, Obras Completas, Tomo 5, Madrid, 1988, p. 9

Al existir un diverso elenco de métodos diferenciados en cada ciencia para su estudio, en aras a conseguir el fin propuesto, el presente trabajo se lleva a cabo gracias a la utilización, fundamentalmente, del método de investigación científico, ya que se trata de una materia interdisciplinar que no se centra únicamente en el Derecho Administrativo, sino que se nutre de la base técnica o tecnológica de la realidad digital como es la utilización de la tecnología al servicio de la ciencia jurídica para, una vez expuesto con claridad su funcionamiento y regulación, tanto nacional como comunitaria, ahondar en la actual teoría de la invalidez de los actos administrativos y concluir efectuando una propuesta de inclusión en la normativa vigente de aquellas causas de invalidez que el fenómeno tecnológico ha hecho surgir y que, por tanto, exige su reconocimiento jurídico, a la vista de la incidencia que la tecnología provoca en el moderno Derecho Administrativo, el cual se identifica con la administración electrónica. Así, gracias a la metodología científica, se efectúa una confrontación sistemática de las distintas hipótesis con la realidad existente, obviando cualquier tipo de subjetividad o parcialidad cuando no es necesario, pero haciendo uso de la misma en las propuestas planteadas, siendo autocrítico tanto en los problemas como en los planteamientos para solucionarlos, beneficiándose la investigación de la dinamicidad que proporciona este método y la posibilidad de combinarlo con otros, como el sistemático o el deductivo combinado a veces con el inductivo, en función de si se efectúa un examen de la regulación existente o se propone una solución a un problema existente sin regulación expresa, respectivamente.

En la presente investigación se pretende, con la utilización de los métodos expuestos, examinar la regulación existente en materia de administración electrónica enfocada a los documentos y actos administrativos, para lo cual se expondrán determinados aspectos técnicos necesarios para su correcta comprensión, efectuando cuando es necesario un examen de la base tecnológica que lo sustenta, para alcanzar un fin consistente en proponer una construcción de las causas o motivos de invalidez de los actos y documentos administrativos cuando éstos son dictados en soporte electrónico. Y es que, al abordar una investigación como la presente, además de la propuesta doctrinal que se pretende, se han tenido muy en cuenta los postulados de SCHMIDT-



AßMANN<sup>8</sup>, consistentes en que todo método jurídico tenga como objetivo prioritario poner a disposición de los operadores jurídicos el instrumental apropiado para la concreción o desarrollo del Derecho, para cuya consecución se ha observado lo que el precitado autor ha denominado “teoría general de la acción administrativa” como herramienta para la elaboración doctrinal de la teoría general de la invalidez, en detrimento de la tradicionalmente empleada del control judicial pues, en primer lugar, el fenómeno electrónico no ha sido objeto aún de un examen jurisprudencial profundo en relación con la invalidez de actos y documentos administrativos generados en este soporte y, en segundo lugar, porque además dicho control en no pocas ocasiones ha originado el anquilosamiento del propio Derecho ante el establecimiento de precedentes judiciales, de preceptiva observancia para Jueces y Tribunales pertenecientes a la planta judicial en el caso de pronunciamientos provenientes del Tribunal Supremo, cuando se cumplen determinadas condiciones.

Debe tenerse en cuenta que el método es una concepción más amplia que los distintos criterios de interpretación que sirven como técnicas adaptadas singularmente a cada necesidad interpretativa de la ciencia jurídica. Y es que, a la hora de interpretar el Derecho se debe tener en cuenta, como afirma VALLET DE GOYTISOLO<sup>9</sup>, que las leyes positivas humanas tienen carácter instrumental para realizar la justicia dimanante de la naturaleza de las cosas y que, al examinar éstas en aras a determinar cuál debe ser la solución a un caso concreto, se emplean determinadas herramientas de razonamiento jurídico, sobre la base de los elementos materiales del supuesto.

Para ello sirven de ayuda a la mente humana los elementos formales de captación, como la intuición y la abstracción, haciéndose uso en el presente trabajo del segundo, al ser un método más realista, pero también apoyado del primero, propio de métodos más idealistas, al ser preciso efectuar un examen de posibles supuestos de invalidez de actos y documentos administrativos en soporte electrónico no previstos específicamente por el legislador; y de elaboración, como la inducción, la lógica, el análisis o la síntesis hipotética, que se emplearán en conjunción a lo largo del desarrollo del mismo.

---

<sup>8</sup> SCHMIDT-AßMANN, E.: “El método de la ciencia del Derecho Administrativo”, en BARNES VÁZQUEZ, J.: *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Ed. Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 159

<sup>9</sup> BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Metodología de la determinación del Derecho*, Tomo II, Parte Sistemática, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, p. 892

En determinados supuestos existirá una laguna manifiesta que deberá ser colmada siguiendo alguna de las reglas establecidas para ello en la ciencia jurídica. Al tratarse, en la mayoría de estos supuestos, de la posibilidad de dictar un acto inválido o generar un documento defectuoso por el incumplimiento de alguno de los requisitos para cuya inobservancia el legislador no ha previsto consecuencia jurídica alguna, dicha laguna habrá de colmarse empleado lo que LARENZ<sup>10</sup>, entre otros, designan como la analogía, esto es, aplicar una regla dada por la Ley para un supuesto determinado, a otro no regulado, basando dicha aplicación en el principio de justicia, que exige tratar igual supuestos de hecho iguales. En estos casos, la analogía jurídica se emplea no únicamente mediante un criterio lógico-formal, sino a través de un proceso mental valorativo de las diversas circunstancias, debiendo para ello tenerse en cuenta la naturaleza jurídica de la institución de la invalidez y los principios que pretende salvaguardar su aplicación al caso concreto.

#### **4. Estructura del trabajo**

La presente Tesis doctoral se ha estructurado en una Introducción inicial seguida de dos Partes bien diferenciadas, formadas por varios capítulos cada una, para deslindar correctamente las caras principales del prisma de la tradicional teoría general de la invalidez y su relación con la novedosa generación de documentos y copias en soporte electrónico.

Así, en el presente Capítulo inicial se efectúa una introducción al objeto de investigación, con especial referencia a los objetivos pretendidos con la investigación, la metodología empleada, estructuración, referencia a la Unión Europea como impulsora y reguladora de las nuevas tecnologías tanto en el ámbito privado como en el público e institucional, con detenimiento, por último, en la regulación normativa en España y cómo la implantación de la administración electrónica profundiza hasta alcanzar al documento y al acto administrativo, cambiando su soporte tradicional en papel por el electrónico.

A continuación, la primera parte está dedicada a la teoría general de la invalidez de los actos administrativos, efectuando un recorrido en el primer Capítulo por el origen

---

<sup>10</sup> LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, 1ª ed., Barcelona, 1994, p. 374

histórico de la invalidez de los actos jurídicos en general, descendiendo al verdadero germen de esta institución en el Derecho, concretamente en el Romano, y examinar de este modo cómo era concebido en su primera etapa y cómo posteriormente fue asumido por el Derecho Civil para su aplicación a actos y negocios jurídicos privados para entender así, por último, cómo se llevó a cabo la traslación teórica (y caótica, podría adelantarse) de la institución al Derecho Administrativo.

El segundo Capítulo se centra en la recepción del régimen de la invalidez de los actos por el Derecho Administrativo, abarcando una necesaria delimitación conceptual previa, y distinguiendo a continuación las diversas categorías que abarca esta institución, con sus características y efectos fundamentales.

La segunda parte de la presente Tesis doctoral toma como base necesaria los presupuestos tratados anteriormente en la primera parte para efectuar la verdadera creación intelectual pretendida, por lo que abarca una extensión mayor y un total de seis capítulos adicionales.

El primero de ellos, tercero del trabajo, pretende introducir al lector en el marco normativo de los actos y documentos administrativos en soporte electrónico, en especial aquellas normas de carácter técnico, y plantear determinadas directrices generales de conceptualización que será elemento central de los siguientes capítulos, para concluir efectuando una propuesta general de solución al incumplimiento de los requisitos de actos y documentos relativos a su soporte electrónico, sin perjuicio de que posteriormente se hagan precisiones y aplicaciones específicas al desarrollar los supuestos concretos en sucesivos capítulos.

El cuarto Capítulo trata la firma electrónica y su incidencia en los documentos y actos administrativos, por cuanto es la base de la actuación administrativa en soporte electrónico y piedra angular de la misma, siendo así imprescindible efectuar un verdadero análisis técnico-jurídico y regulatorio en primer lugar para poder profundizar en la cuestión, ya que son variadas las distintas situaciones o vicisitudes que pueden surgir en relación con esta tecnología al aplicarla a documentos y actos en el ámbito jurídico-público.

El quinto Capítulo se dedica a los requisitos de los documentos administrativos electrónicos y cómo su incumplimiento puede influir en la validez de los actos administrativos dictados en dicho soporte a tenor de la normativa vigente, distinguiendo

en cada caso los distintos supuestos en que puede encontrarse el acto según la gravedad del vicio u otros factores.

El sexto Capítulo examina un aspecto muy concreto: la validez de las copias realizadas por las Administraciones Públicas, por cuanto la oscuridad de la actual regulación exige un tratamiento diferenciado de este extremo, y existen aspectos como la competencia subjetiva para su expedición que traerá consigo complicaciones adicionales, dada la realidad organizativa de las Administraciones Públicas.

El Capítulo séptimo se centra en el examen de los motivos de invalidez que pueden surgir a tenor de otros aspectos tecnológicos que inciden directamente en los actos administrativos, como pueden ser el sello de tiempo, la interoperabilidad o la automatización de procesos, entre otros, para cubrir los supuestos distintos al incumplimiento de requisitos del acto pero que pueden también provocar su invalidez. A dicho Capítulo le sigue el octavo, dedicado a cerrar el círculo de la institución de la invalidez a través del examen de los límites de los efectos de la invalidez y el principio de conservación de los actos administrativos dictados en soporte electrónico, así como las tradicionales técnicas de sanación aplicables al soporte electrónico susceptibles de extender la vida o vigencia jurídica del acto viciado.

Por último, se incluyen las principales conclusiones a que se ha llegado tras la realización de la presente investigación, culminando así el objeto de la Tesis, si bien su estudio requerirá de un continuo planteamiento o cuestionamiento doctrinal que seguro continuará en años venideros.

## **5. La administración electrónica como nuevo paradigma en el funcionamiento de las Administraciones Públicas: evolución y situación actual regulatoria en España en relación con la actividad administrativa electrónica y su inevitable influencia en el documento y acto administrativos**

La sociedad en general lleva años asistiendo a un manifiesto cambio de paradigma, al haberse incorporado paulatinamente las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) a todos los ámbitos y penetrando en todos los estratos sociales desde edades tempranas. En el caso de las personas físicas, esto ya sucede en el seno de la enseñanza básica, con la incorporación de dispositivos móviles a las aulas, como

*tablets* y pizarras digitales, y en edades adultas alcanza ya la posibilidad de realizar trámites telemáticos con la Administración, como la petición de certificados, presentación telemática de declaraciones fiscales en el caso de la Administración Tributaria y todo un catálogo de procedimientos accesibles a través de las sedes electrónicas de las distintas Administraciones Públicas. Para las personas jurídicas, esta incorporación se intensifica, al establecerse preceptivamente, y resulta de especial interés para las mismas cuando se trata, por ejemplo, de la adquisición de bienes y contratación de servicios por parte de las Administraciones Públicas, la percepción de subvenciones o la facturación electrónica. Estos son únicamente algunos ejemplos de las magníficas posibilidades que la implantación de las novedades tecnológicas a las Administraciones Públicas puede brindar a los ciudadanos o administrados, destinatarios últimos de la actuación administrativa y principales beneficiarios de la actividad de aquéllas *ex* artículo 103 de la Constitución Española (CE, en adelante). Así, los elementos tecnológicos en la actualidad han llegado a un grado de modernización e implantación que hace necesario atender a las implicaciones jurídicas que dicho fenómeno conlleva no sólo para el sector privado, en el que se ha llegado a una regulación bastante completa del fenómeno digital<sup>11</sup>, sino también para el sector público, en el que dicho fenómeno se ha asentado incluso más sólidamente que en el privado, si bien resta aún mucho camino por recorrer para conseguir una verdadera administración electrónica accesible a todas las Administraciones Públicas y a todos los operadores jurídicos: desde cualquier ciudadano que desee obtener un certificado de empadronamiento *on-line* de su Corporación Local, independientemente de su

---

<sup>11</sup> Ténganse en cuenta al respecto que desde hace años se encuentra vigente la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, entre otras, que regula la utilización de medios electrónicos en el ámbito del sector privado, a pesar de que determinadas previsiones contenidas en la misma incidan, en mayor o menor medida, en el sector público, así como la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (incluso con anterioridad ya se regulaba esta última de forma más rudimentaria pero efectiva en el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, lo cual demuestra la preocupación que desde hace años los poderes públicos mantienen respecto a la cuestión). Todo ello, sin citar que en el ámbito supranacional también la propia Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, según se utilicen las siglas del español o inglés, respectivamente) ya en el año 2001 había puesto a disposición de la comunidad internacional su pionera y avanzada Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, que se completa con otras Convenciones relacionadas con el comercio electrónico, como puede examinarse en la interesante aportación doctrinal de MADRID PARRA, A.: “El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica”, en MADRID PARRA, A. (Dir.): *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 39-113.

ubicación, hasta la empresa que desee iniciar su actividad y deba realizar una serie de trámites con diversas Administraciones Públicas sin necesidad de perder innecesariamente tiempo en largas e interminables colas y esperas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que se trata de una cuestión que supera la barrera de lo nacional, siendo la transformación digital uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea. En el ámbito jurídico-público, es a través del propio Derecho Administrativo como se materializa, y ya no se trata de la influencia de otros Estados miembros en la regulación nacional, como apuntaba GALLEGO ANABITARTE<sup>12</sup>, sino que es una institución supranacional como la Unión Europea la que influye, e incluso impone directamente, el contenido de la regulación nacional.

Algunos autores como KINGSBURY, STEWART o KRISCH<sup>13</sup> incluso refieren con acierto la existencia en la actualidad de un verdadero Derecho Administrativo Global, lo cual es apoyado por otros como SCHMIDT-AßMANN<sup>14</sup>, quien a las funciones jurídicas fundamentales que el Derecho Administrativo debe satisfacer desde un punto de vista sistemático, que concreta en la práctica en la dogmática y la política, añade la que califica como función “receptora”, resultante de la europeización del Derecho, siendo la administración electrónica o la contratación pública, entre otras, materias que ofrecen un claro ejemplo de lo defendido por el autor alemán, pues el Derecho Administrativo es el encargado de vertebrar y articular su recepción e incorporación al ordenamiento jurídico nacional.

Puede comprobarse así que la Administración ha llegado a un estadio bastante avanzado de implantación electrónica, si bien ahora tiene el reto de perfeccionarlo y conseguir llegar a todos los agentes sociales sin mermar la seguridad jurídica que debe imperar en toda relación con la Administración. Este avance exige la reformulación en paralelo de instituciones jurídico-administrativas clásicas, adaptadas al nuevo escenario, como sucede con la teoría general de la invalidez de los actos administrativos.

---

<sup>12</sup> GALLEGO ANABITARTE, A.: “La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública*, nº 150, 1999, pp. 75-114

<sup>13</sup> KINGSBURY, B., STEWART R.B. y KRISCH, N.: “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, en KINGSBURY, B. y STEWART R.B.: *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Ed. Global Law Press-Editorial Derecho Global-Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, p. 104

<sup>14</sup> SCHMIDT-AßMANN, E.: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Ed. Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, pp. 5-10

Importantes economistas como SHAPIRO y VARIAN<sup>15</sup> han llegado a afirmar que “*el ritmo frenético al que van cambiando nuestros hábitos y la actual fascinación por la economía de la información responden a los avances en la tecnología y en la infraestructura de la información*”, negando que haya habido cambios en la tipología o cantidad de la información existente, sino que el valor añadido que han incorporado los sistemas de intercambio de información (como la web o las redes de intercambio de información entre Administraciones Públicas) es su elevada capacidad de proporcionar acceso inmediato a la información, y por tanto de manipulación de la misma, para lo cual es imprescindible el intercambio de datos electrónico<sup>16</sup>, ya sean datos aislados o compactados en bases de datos. Esto se encuentra en estrecha relación con el conocido fenómeno del *Big Data*<sup>17</sup> o los datos masivos, que es una realidad que se identifica con la capacidad de la sociedad de aprovechar la información de forma novedosa, para obtener percepciones útiles o bienes y servicios de valor significativo<sup>18</sup> no sólo por el sector privado, sino también por el público, para ser de esta forma más eficaz y eficiente en el ejercicio de la actividad administrativa.

En este orden de cosas, adquiere especial relevancia la novedosa y necesaria categorización del acto administrativo *electrónico* el cual es, simplemente, un acto administrativo dictado en soporte electrónico, pero cuyas vicisitudes pueden diferir de su homólogo en formato papel, dado que con la utilización de medios electrónicos, informáticos o telemáticos aparecen en escena nuevas situaciones que no se dan en la práctica “del papel”, por lo que debe ser objeto de un estudio específico y pormenorizado, teniendo en cuenta las técnicas y tecnologías que se aplican a esta nueva forma de generación, documentación y conservación de los actos administrativos. Lo mismo cabe apuntar respecto del documento administrativo electrónico, que

---

<sup>15</sup> SHAPIRO, C. y VARIAN, H.R.: *El dominio de la información. Una guía estratégica para la economía de la red*. Ed. Antoni Bosch, 2000, p. 8.

<sup>16</sup> Más conocido por sus siglas en inglés EDI o *Electronic Data Interchange*.

<sup>17</sup> Terminología asumida a nivel internacional que proviene del anglicismo “*Big amount of data*”, es decir, grandes cantidades de información.

<sup>18</sup> Definición proporcionada por MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K.: *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Ed. Turner Noema, 1ª ed., 2013, p. 13. Estos autores incluso apuntan que los sistemas desarrollados por los buscadores de la red (*Google, AOL, Yahoo*, etc.) y los resultados que con su aplicación se obtienen son un indicador más útil y oportuno que las estadísticas gubernamentales, poniendo el ejemplo de la detección de epidemias sanitarias –más concretamente la del virus H1N1 que azotó a la población mundial hace unos años-, puesto que consiguen evitar el natural desfase informativo de que los tradicionales sistemas estadísticos adolecen.

adquiere un papel relevante con incidencia directa en el acto administrativo electrónico al ser, en definitiva, el que lo documenta o contiene.

*A priori*, podría pensarse que no es necesario establecer nuevos conceptos jurídicos en este ámbito, sino simplemente adaptar las nuevas técnicas a la regulación jurídica existente. No obstante, si bien ello podría ser suficiente en un estadio inicial del proceso de implantación de la administración electrónica, en la actualidad los avances conseguidos y el actual estado de la técnica exigen una expresa regulación de la materia, para evitar errores de la aplicación, por analogía, de preceptos que no fueron concebidos por el legislador en el momento de dictarlos para este tipo de tecnologías ni para la Administración digital, sino para la analógica, por lo que se torna imprescindible crear un verdadero *corpus iuris* no sólo en materia de administración electrónica, sino también en relación con aquellas instituciones clásicas como la invalidez, que demandan una adaptación a la nueva realidad imperante en aras a la verificación del principio de seguridad jurídica.



## **PRIMERA PARTE: TEORÍA GENERAL DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

### **CAPÍTULO I: ORIGEN HISTÓRICO DE LA TEORÍA GENERAL DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS**

Como se tuvo ocasión de adelantar en las páginas precedentes, la finalidad de este primer Capítulo es la de efectuar un recorrido histórico para conocer el origen y la evolución que la teoría de la invalidez de los actos jurídicos en general tuvo en Derecho y cómo evolucionó para ser adoptada en etapas contemporáneas por el Derecho Administrativo, puesto que de esta forma se entenderán muchas de las incoherencias existentes tanto históricamente como en la actualidad, a las que se hará referencia a lo largo del presente trabajo.

Se trata de realizar un acercamiento a la teoría de la invalidez de los actos administrativos, desde su génesis hasta su actual regulación, para tener una visión panorámica de la misma y así entender determinadas cuestiones que serán objeto de tratamiento posterior y que, debido a su importancia, deben ser tenidas en cuenta para su adecuada comprensión. Gracias a este recorrido histórico que se efectúa a continuación, se entenderá la forma en que se efectúan determinadas propuestas a lo largo del presente trabajo para dar solución en la actualidad a las cuestiones relacionadas con la invalidez, para evitar incurrir en errores históricamente conocidos.

#### **1. El mecanismo de la invalidez. Una breve aclaración terminológica a los efectos del presente trabajo**

Con carácter previo a la inmersión en el mundo de la teoría de la invalidez, debe efectuarse una breve aclaración en relación con la terminología que, tradicionalmente, ha venido utilizándose desde tiempos inmemoriales que se remontan a la época de vigencia del Derecho Romano<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Para un estudio en profundidad de las distintas etapas histórico-jurídicas del Derecho Romano pueden consultarse al respecto las obras de IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, 6ª ed., Barcelona, 1958 y ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho romano*, Tomo I, Ed. Artigrafia, Madrid, 1973.

Así, tradicionalmente se ha utilizado por la doctrina y la jurisprudencia los términos invalidez<sup>20</sup>, ineficacia<sup>21</sup>, antijuridicidad o ilegalidad, incluso la manifiesta ilegalidad acuñada por CLAVERO ARÉVALO<sup>22</sup>, entre otros, en ausencia de un criterio uniforme, como algún autor como CANO CAMPOS<sup>23</sup> ha puesto de manifiesto recientemente en la doctrina española, o VON HIPPEL<sup>24</sup> en la alemana, al referirse al origen iusprivatista de la institución, por lo que, para la elaboración del presente trabajo, se pretende emplear la terminología de manera uniforme, distinguiendo así la invalidez de la ineficacia, puesto que se encuentra generalizadamente aceptado que son dos instituciones completamente distintas y pueden operar de forma independiente.

En consecuencia, a efectos del presente trabajo se hará referencia a la teoría de la invalidez para referirse aquellos aspectos relacionados con los vicios que afectan a la validez del acto, y a la ineficacia para aquellos aspectos relativos a la ausencia de efectos por cualquier motivo, relacionado o no con la validez del acto o negocio jurídico.

Nótese cómo DÍEZ PICAZO<sup>25</sup>, en alguna ocasión, ha negado tajantemente la procedencia de tal distinción sobre la base de que resulta totalmente innecesario e inapropiado distinguir la invalidez de la ineficacia, por tratarse de aspectos iguales, pues ineficaz tiene que ser todo negocio inválido.

Para LÓPEZ BELTRÁN<sup>26</sup>, sin embargo, inválido es el acto o negocio en que falta o está viciado alguno de sus elementos esenciales y también cuando falta algún presupuesto concreto del tipo negocial de que se trate, mientras que ineficaz es el acto o negocio

---

<sup>20</sup> Denominada *Ungültigkeit* en el ordenamiento jurídico alemán, distinguiéndose a su vez la nulidad (*Nichtigkeit*) de la anulabilidad (*Anfechtbarkeit*). Procesalmente, en el orden contencioso-administrativo alemán, la acción declarativa de nulidad se denomina *Feststellungsklage*, mientras que la acción de anulabilidad es la *Anfechtungsklage*. Por su parte, los adjetivos *rechtswidrig* o *fehlerhaft* se emplean para calificar un acto como antijurídico.

<sup>21</sup> *Unwirksamkeit*, en el ordenamiento jurídico *op. cit.*

<sup>22</sup> CLAVERO ARÉVALO, M.: “La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos”, en CLAVERO ARÉVALO, M.: *Estudios de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1ª ed., 1992, pp. 175-183

<sup>23</sup> CANO CAMPOS, T.: “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, en su Ponencia presentada en el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en La Laguna (Tenerife) los días 3 y 4 de febrero de 2017, publicada posteriormente en la *Revista InDret*, nº 4/2017, pp. 1-53

<sup>24</sup> VON HIPPEL, E.: *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1924, p. 5

<sup>25</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1961, p. 824

<sup>26</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.24

que reúne todos los elementos esenciales y presupuestos legalmente exigidos, pero un elemento externo, usualmente de forma sobrevenida, le impide desplegar los efectos debidos. Así, la autora<sup>27</sup> distingue también a su vez entre la nulidad y anulabilidad, afirmando que ambas son las típicas categorías de la invalidez del negocio, manifestación de la ineficacia estructural, ya que los vicios originantes de ineficacia son iniciales y afectan a la formación o celebración del negocio, mientras que, por su parte, la llamada ineficacia funcional supone un negocio no viciado que contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho.

También DELGADO ECHEVARRÍA<sup>28</sup> considera imprescindible distinguir el concepto de invalidez de la ineficacia, puesto que sólo así se podrán explicar determinados fenómenos en el ámbito jurídico-privado, siendo el de la eficacia además instrumento indispensable para evitar la aplicación rígida de los compartimentos de la nulidad o la anulabilidad.

Como puede apreciarse, en el ámbito jurídico-privado este extremo no es pacífico, llegando a afirmarse por autoridades como DÍEZ-PICAZO<sup>29</sup> que un contrato inválido tendría que ser, por hipótesis, ineficaz, por lo que ello obligaría a distinguir entre una ineficacia proveniente de la invalidez y otra proveniente de otro tipo de causas o razones.

Por su parte, en el ámbito jurídico-público tal distinción es fundamental, toda vez que las combinaciones posibles entre (in)validez e (in)eficacia son varias, y el sentido que adquiere superior, ya que a veces el acto administrativo no sólo debe ser válido, sino que, para desplegar los efectos que le son inherentes, requiere de la publicación o notificación posterior (artículo 39.2 LPAC), sin perjuicio de la presunción de validez de los actos administrativos y su eficacia (ejecutividad) a partir de la fecha en que se dictan ex artículo 39.1 LPAC, lo cual será objeto de estudio posterior, pero estimándose que resulta fundamental tenerlo presente desde los inicios del tratamiento de la cuestión.

---

<sup>27</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual...*, op. cit., p.21

<sup>28</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades de los contratos*, Ed. Dykinson, 2005, p. 19

<sup>29</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Volumen I, Ed. Tecnos, 2ª ed., 1983, p. 301.

Si se acude al acertado razonamiento relativo a la estática y dinámica del “mecanismo de las nulidades” propugnado por SANTAMARÍA PASTOR<sup>30</sup>, esta formulación se refuerza. El autor parte de la estructura elemental de cualquier realidad jurídica propugnada por KELSEN<sup>31</sup>: la norma, la conducta y el Juez, cuya relación entre sí es dinámica: el acto o conducta está subordinada a la norma, y ésta a su vez a la de rango superior, por lo que será el Juez el elemento de control que verifique la adecuación de ambos para, en caso de no verificarse, poner en marcha los elementos de control o sanción.

Por tanto, la validez o invalidez es la calificación resultante tras realizarse la operación de verificación entre el contenido del acto y lo establecido en la norma (elementos estáticos), mientras que el Juez debe constatar, posteriormente en contraste con la realidad, dicha calificación (elemento dinámico). Ya el propio KELSEN<sup>32</sup> afirmaba que eficacia y validez son fenómenos completamente distintos, refiriéndose el primero a la comprobación real y práctica acerca de si las personas se comportan según establecen las normas jurídicas, mientras que el segundo es una cualidad del derecho, distinguiendo así mismo las dos teorías existentes al respecto: la idealista, que identifica la validez con la eficacia, y la realista, que distingue ambas, calificando abiertamente la primera como falsa.

Se afirma por el autor que la función de la norma es tipificar, comprendiendo dos planos en relación con el acto o negocio que tipifica: el estructural, al establecer los elementos estructurales que constituyen el negocio; y el funcional, que comprende los efectos que deberá producir el acto o negocio que contenga todos los elementos estructurales establecidos por la norma. Por tanto, la conducta realizada tendrá unos elementos estructurales que producirán unos efectos determinados, por lo que puede ya advertirse que la validez depende realmente de la estructura y contenido del acto, esto es, de su plano estructural, y será resultado de la comparación de lo previsto por la norma para el acto o negocio de que se trate y del propio acto o negocio.

---

<sup>30</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público*, Instituto de Estudios Administrativos, 2ª ed., Madrid, 1975, pp. 155 ss.

<sup>31</sup> Pueden consultarse al respecto sus obras: KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1998, en la que el autor trata la estática y dinámica jurídicas (pp. 123 ss. y 201 ss., respectivamente) y *Teoría general del Estado*, Ed. Comares, Granada, 2002

<sup>32</sup> KELSEN, H.: *Teoría pura del...*, op. cit., pp. 219 ss. y *Teoría general del...*, op. cit., p. 146

Si dicho resultado es de correspondencia (lo previsto por la norma coincide con la realidad del acto o negocio) existirá regularidad estructural y, por ende, validez, y el acto debe producir los efectos previstos por la norma (la cual tiene un efecto protector). Si, por el contrario, el resultado no es coincidente, será una irregularidad estructural del acto y, por ende, inválido, sin que por tanto deba producir los efectos previstos normativamente (ya no goza del efecto protector de la norma).

Así lo entiende también la doctrina alemana para el ámbito jurídico-público, pudiendo citarse a ANDERSEN<sup>33</sup>, para quien la invalidez de un acto supone su contradicción con lo establecido en la Ley (pues tampoco el incumplimiento de normas internas de la Administración como circulares o similares pueden originar la invalidez), sin que en ningún caso incida en esta categoría el orden moral, por lo que lo inválido es antijurídico. El mismo autor entiende que la invalidez es independiente de la eficacia, ya que un acto inválido puede desplegar efectos y uno válido no, en función de las circunstancias de cada caso concreto.

En este punto, como afirma SANTAMARÍA PASTOR<sup>34</sup>, es en el que radica el mayor error de la teoría de la invalidez, pues se ha sustituido que el acto o negocio deba o no producir efectos por la afirmación de que el acto o negocio no produce efectos, lo cual no es lo mismo, como puede aventurarse. El citado autor, además, reafirma dicha postura con evidencias, como la consistente en que un acto válido puede o no ser eficaz, al igual que ocurre con el inválido, o la lógica consecuencia del concepto mismo de eficacia: ésta es un dato empírico, que únicamente puede derivarse de la constatación de hechos, mientras que la validez es un concepto teórico que da lugar a que el acto deba o no producir efectos, según el caso, pero que, en la práctica, podrá producirlos realmente, independientemente de su (in)validez.

Así, la validez es un instrumento que permite que el Juez, elemento dinámico de esta tríada, sancione al acto o negocio y, en consecuencia, constatada la invalidez, entren en juego las reacciones sancionadoras del ordenamiento jurídico contra los efectos potenciales o reales del acto o negocio cuyos elementos estructurales difieren de los establecidos por la norma. Pero no puede obviarse que, mientras tanto, el acto aún

---

<sup>33</sup> ANDERSEN, P.: *Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe*, J. Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1927, p. 46

<sup>34</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, p. 159.

inválido podrá desplegar los efectos que le son inherentes; en este sentido se pronuncia igualmente, en la doctrina francesa, LAUBADÈRE<sup>35</sup>. En la doctrina alemana, algún autor como KORMANN<sup>36</sup> entiende que el acto nulo no necesita ser anulado, y puede ser ignorado por estar privado de eficacia, no obstante lo cual apunta a la procedencia de la declaración de nulidad por motivos de seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*).

La invalidez es un elemento que comprende todas las situaciones en que un negocio no se ajusta a las previsiones establecidas en la norma (aspecto teórico), lo cual permite activar las reacciones jurídicas correspondientes en aras a impedir que el mismo despliegue o siga desplegando efectos, esto es, en el plano de la eficacia (aspecto práctico), siendo el nexo de unión entre ambos aspectos (teórico y práctico) precisamente las distintas categorías de invalidez, erigiéndose así la nulidad y la anulabilidad en los instrumentos procesales que permiten al Juez pronunciarse acerca de la ineficacia de los actos y negocios jurídicos inválidos, pero sin que tengan mayor relevancia, desde una perspectiva sustantiva, las distintas clasificaciones que intentan distinguir los supuestos de nulidad y anulabilidad con aspectos tales como la subsanabilidad o insubsanabilidad del vicio, por citar alguno de los múltiples utilizados. Es por todo ello que, como acertadamente vaticina SANTAMARÍA PASTOR<sup>37</sup> y se apreciará más adelante al tratar la validez en Derecho Civil, la doctrina civilista a veces no se explica la uniformidad con la que el Código Civil trata a la invalidez, utilizando exclusivamente el término “nulidad” para comprender todas las situaciones, y aquélla se centra en multitud de ocasiones en intentar discernir cuándo el Código se quiere referir a la nulidad y cuándo a la anulabilidad, siendo para el autor, dicho tratamiento unitario conferido por el mismo, perfectamente lógico y realizado con gran cordura por sus creadores ya que, como se ha apuntado anteriormente, la invalidez es un término que comprende todas las situaciones de desajuste entre norma y acto o negocio que implica una actuación para actuar sobre la eficacia de éste, y la distinta gravedad de los vicios son meras técnicas procesales para hacerlo posible.

---

<sup>35</sup> LAUBADÈRE, A.: *Traité de droit administratif*, Tome I, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999, p. 685

<sup>36</sup> KORMANN, K.: *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1910, p. 206

<sup>37</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, pp. 167-168.

Por último, como pone de manifiesto BELADÍEZ ROJO<sup>38</sup>, existen también en el ámbito jurídico-público meras irregularidades no invalidantes, que no originan la invalidez del acto, por lo que, a pesar de producirse el desajuste estructural entre el acto y la norma al que SANTAMARÍA PASTOR alude para definir la invalidez de aquél, éste no es de entidad suficiente como para provocar la invalidez del acto y, por ende, se permite por el ordenamiento jurídico su permanencia en el tráfico jurídico.

Procede ahora retornar al estudio de la teoría de la invalidez de los actos para comprender cómo se ha fraguado la actualmente vigente, remontándonos para ello a sus orígenes conocidos más antiguos, esto es, el Derecho Romano, dado que esta visión permitirá valorar con lucidez en capítulos posteriores del presente trabajo la procedencia de determinadas regulaciones de la invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico, en función de los motivos o causas que dieron lugar originalmente a su aparición y de las consecuencias que en su día fueron establecidas.

## **2. Origen de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos: del esplendor en Derecho Romano a su caída en el Bajo Imperio y etapas coetáneas**

Es bien conocido como el Derecho Romano supuso un evidente avance en todos los ámbitos: de la organización social y jurídica (siguiendo a la *polis* griega en relación con la vida comunitaria y desembocando en la *civitas* romana como comunidad organizada jurídicamente), al cultural, religioso y un largo etcétera que no viene sino a confirmar que no puede entenderse el actual estado de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos, más concretamente de los actos administrativos, sin conocer previamente su germen o raíz, que se encuentra en el Derecho Romano.

Ciertamente, el origen de la teoría de la invalidez en Derecho Romano fue posible por tratarse del único ordenamiento jurídico técnicamente elaborado hasta entonces por juristas, y gracias a que se dieron las condiciones culturales precisas para su formación y desarrollo en el ámbito del Derecho Privado<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 54

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J.: *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, Ed. El Faro Ediciones, Madrid, 6ª ed., 2002, p. 29-30.

En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR<sup>40</sup> atribuye el origen de la teoría de la invalidez<sup>41</sup> al pensamiento jurídico de Roma, en el que la estructura que adoptó el sistema se ha mantenido en líneas generales hasta nuestros días; si bien la posterior reelaboración doctrinal civilista ha dado lugar a una serie de modificaciones y adaptaciones, en esencia, se mantuvo la estructura inicialmente adoptada por el Derecho Romano.

En primer lugar, debe apuntarse que en época romana clásica el *ius civile* o Derecho Civil (el cual a su vez comprendía el *ius publicum*) se refería a la estructura, organización y funcionamiento del Estado romano y el *ius privatum* (Derecho Privado), el cual hacía referencia a la regulación de los negocios privados y del cual, según Papiniano<sup>42</sup>, dimanaban otras fuentes como las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales o interpretaciones de los jurisconsultos y es la base del posterior desarrollo del *ius gentium*, que se erige en sistema de Derecho Privado común, y los cuales se complementan posteriormente con el *ius honorarium*, *ius pretorium* o Derecho del Pretor, que fue creado en la etapa de la República romana para ayudar, suplir o corregir el *ius civile*, aunque de forma subordinada, el cual engloba el sistema de acciones y los recursos procesales acumulados progresivamente en los edictos de los magistrados<sup>43</sup>.

Para los romanos, explica VON IHERING<sup>44</sup>, el acto jurídico con carácter general es la forma mediante la que la voluntad individual despliega su actividad creadora en los límites asignados por el Derecho; al excederse estos límites pueden originarse dos situaciones: (i) se deja desprovista de efectos la acción que eventualmente pudiese ostentarse, produciéndose así un acto vano y nulo, o bien (ii) este efecto es en sentido contrario a la acción imponiendo la necesidad de destruir el resultado obtenido y, en su caso, indemnizar por daños y perjuicios.

Esta concepción sería el génesis de la teoría de la invalidez del acto, girando en torno a los sistemas de acciones y excepciones procesales, ya que, como se verá, la concepción de la institución es eminentemente práctica y, por ende, procesal, como sistema de

---

<sup>40</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 73.

<sup>41</sup> El autor, en su obra, trata fundamentalmente la “teoría de las ineficacias”, aunque a veces también se refiere a la “teoría de las nulidades”, en el entendimiento de que las categorías procesales en general son el nexo dinámico entre la invalidez y la ineficacia, como sistema tendente a conseguir la ineficacia del acto inválido, vid. al respecto SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 166

<sup>42</sup> D.1,1,7,1

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J.: *Historia del Derecho...*, op. cit., p. 24

<sup>44</sup> VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 887-888



reacción ante dos situaciones que se darían, a juicio de VON IHERING (sin hacer el autor en este punto expresa mención a la teoría de la invalidez), según se encontrase en la situación (i) anterior, que se daría siempre que la voluntad plasmada en el acto se encuentra en lucha con una regla de Derecho, o bien en la (ii) si dicho acto infringe directamente una prohibición.

De acuerdo con lo expuesto por SANTAMARÍA PASTOR<sup>45</sup>, tres hechos fueron los detonantes que dieron lugar a la aparición de la invalidez o nulidad como concepto: (i) la creación de la magistratura pretora con los pretores urbano (367 a.C.) y peregrino (243 a.C.), pues éstos se encargaron de reelaborar el *ius civile*, flexibilizándolo y adaptándolo a las necesidades surgidas (flexibilización que incluso hoy día es aún necesaria en algunos aspectos), además de establecer el criterio de la voluntad como básico en las relaciones negociales y admitirse los contratos consensuales (superándose el formalismo exigido hasta la fecha); (ii) la reforma del proceso de *legis actiones* (*vid. infra*) hacia la bipartición procesal, pasando de las acciones de la ley al procedimiento formulario<sup>46</sup>, que concluyó con la *Lex Aebutia* (130 a.C.) que permitía elegir entre ambos sistemas y la Ley de Augusto del año 17 a.C. conocida como *Lex Iulia iudiciorum privatorum*<sup>47</sup>, que abolió el anterior sistema procesal de forma definitiva, pasando a ser el procedimiento formulario el único posible, pues con este nuevo sistema el pretor podía crear sus técnicas de nulidad con libertad; y (iii) la labor de los jurisconsultos, que como se les permitió encargarse de *agere* (asesoramiento previo al ejercicio de acciones para la elección de la vía procesal adecuada), *cavere* (elaboración de formularios o modelos para articular el proceso, como el de adopción de medidas cautelares) y *respondere* (emisión de dictámenes jurídicos, cuya relevancia y efecto vinculante era, en la práctica, directamente proporcional al prestigio del jurista que lo emitía) consiguieron sistematizar y otorgar categoría científica al trabajo del pretor.

Y es que en el procedimiento romano de la *legis actiones* (acciones de la ley), que en el periodo republicano eran cinco las previstas procesalmente, tres declarativas y dos

---

<sup>45</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, pp. 75-76

<sup>46</sup> El procedimiento formulario, debe precisarse, se basa no tanto en un proceso verbal ante el magistrado, sino en un texto escrito o fórmula que concreta el objeto del litigio y las alegaciones de las partes, el cual es redactado por el magistrado en presencia de los litigantes y facilita al juez los datos para su correcta resolución mediante la correspondiente sentencia.

<sup>47</sup> La Ley de Augusto conocida como *lex Iulia municipalis* extendió así mismo el procedimiento formulario a los municipios itálicos.

ejecutivas, ya se configura la bipartición procesal<sup>48</sup> entre las actuaciones procesales que se llevan a cabo ante el magistrado (fase *in iure*) y aquéllas que se desarrollan ante el órgano judicial que resuelve finalmente el asunto conforme a Derecho (fase *apud iudicem*).

Esta bipartición tiene su origen en la etapa republicana, como ya se adelantaba, pues previamente (periodo monárquico) se concentraba todo el poder en la figura del rey, en la que el magistrado podía remitir voluntariamente (aunque en las XII Tablas del siglo V a.C. ya era obligatorio) el conflicto a un tercero para que lo resolviese, y con este nuevo sistema procesal la primera fase es ante el magistrado, y la segunda ante un juez privado que resuelve.

Romanistas como IGLESIAS<sup>49</sup> apuntan que la invalidez (aunque el autor refiere la nulidad o ineficacia), como carencia de efectos jurídicos de los negocios, podía asumir dos formas: la nulidad o *negotium nullum*, *nullum momento* (supuestos de invalidez propios del *ius civile*), y la anulabilidad (supuestos de invalidez creados por el pretor). En el primer caso supone para dicho autor la ausencia de vigor del negocio *per se*, sin que el mismo adquiera ni tan siquiera vida jurídica y sin que nadie deba declarar su invalidez, mientras que en el segundo el negocio existe jurídicamente, pero adolece de un vicio o defecto en virtud del cual se puede impugnar y conseguir su expulsión de la realidad jurídica. Ejemplos de supuestos de nulidad serían la imposibilidad de la prestación<sup>50</sup>, contenido inmoral<sup>51</sup>, infracción de norma legal<sup>52</sup>, imposibilidad de la condición<sup>53</sup>, falta de capacidad (jurídica o de obrar), vicios o defectos formales, y vicios de la voluntad.

Otros autores de la doctrina romanista, como KASER<sup>54</sup>, a pesar de parecer *ab initio* que únicamente reconocen los supuestos de invalidez propios del *ius civile* (que corresponderían a la nulidad), posteriormente admiten que la doctrina moderna distingue otras formas más débiles (citando la anulabilidad y la ineficacia relativa), expresando que cuentan con precedentes en Derecho Romano.

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J.: *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Ed. El Faro Ediciones, Madrid, 5ª ed., 2002, pp. 50 y ss.

<sup>49</sup> IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 6ª ed., 1972, p. 185.

<sup>50</sup> D. 44, 7, 119

<sup>51</sup> D. 17, 2, 57

<sup>52</sup> ULPIANO, 1, 2

<sup>53</sup> GAI, 3, 98

<sup>54</sup> KASER, M.: *Derecho Romano privado*. Ed. Reus, 2ª ed., 1982, p. 55

Por su parte, para SANTAMARÍA PASTOR<sup>55</sup>, el Derecho Romano sólo conoció una categoría de invalidez (que el autor denomina en este caso ineficacia) y así, el régimen jurídico diferenciado asignado tradicionalmente a cada categoría también es, a juicio de dicho autor, un error proveniente de la antigua distinción romano-procesal de las fases del proceso (*in iure* y *apud iudicem* anteriormente referidas), mientras que realmente se trata únicamente de una diferenciación terminológica.

Tampoco hace radicar el autor<sup>56</sup> el origen de la actual distinción entre la nulidad y anulabilidad en la diferencia que algunos autores asignan a la existencia de dos regímenes jurídicos distintos según se tratase de supuestos de Derecho Civil (en casos de error) o Derecho Pretorio (en casos de dolo), defendiendo que no se trataba de una construcción teórica sistemática, sino de un conjunto de fórmulas que resolvían problemas concretos conforme a criterios lógicos básicos.

De ahí la importancia de este capítulo, pues es necesario en el desarrollo del presente trabajo el conocimiento de la génesis de la institución de la invalidez, que será el hilo conductor del mismo ya que, como puede apreciarse, desde sus orígenes, la invalidez fue un mecanismo eminentemente práctico que proporcionaba las herramientas necesarias para solventar problemas concretos, no generalizados, por lo que no existía una lista cerrada de supuestos que conllevaban la invalidez de un acto o negocio jurídicos, sino que se iban resolviendo casuísticamente (sin perjuicio de que, al reiterarse determinados supuestos, sirviesen de precedente y, con ello, se fuese confeccionando una especie de acervo para dotar de coherencia al sistema proporcionando la misma solución a situaciones idénticas). Es por ello por lo que, en la actualidad, como se verá, es necesario examinar el fenómeno tecnológico y su incidencia en la validez de actos y documentos administrativos desde el prisma del ordenamiento jurídico vigente, pero sin obviar la forma en que se concibió originalmente la institución, para así valorar la mejor forma de regular o solventar los supuestos invalidantes que pueden darse en este nuevo escenario.

En este sentido, se ha trasladado hasta la actualidad, al distinguir los caracteres de la nulidad y la anulabilidad, la máxima consistente en que la nulidad basada en *ius civile* no requería intervención del pretor (es el caso en la actualidad de la nulidad absoluta, que

---

<sup>55</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 77-78

<sup>56</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 92-98

se la caracteriza -en teoría- por operar *ipso iure*, por lo que la resolución, administrativa o judicial, reconociéndola es meramente declarativa) y la basada en *ius honorarium* sí (actualmente es característica atribuida a la anulabilidad, la necesidad de obtener una resolución, administrativa o judicial, de naturaleza constitutiva).

Tal distinción no tiene realmente virtualidad alguna y, en cualquier caso, debe instarse la invalidez, dado que, mientras no se invalide el acto, es opinión generalizada que la apariencia de validez sigue subsistiendo<sup>57</sup>, calificando incluso algún autor, como CANO CAMPOS<sup>58</sup>, de mito la distinción entre la nulidad y anulabilidad sobre la base del carácter temporal de los efectos de la invalidez; como apunta LUTZESCO<sup>59</sup>, tras la aprobación de la *Lex Aebutia* en el s. VI, el Derecho romano introdujo el procedimiento formulario con sus dos fases (*in iure* y *apud iudicem*), atribuyendo el conocimiento de la primera fase únicamente al pretor, quien aprobaba el acceso o no a la segunda fase judicial.

El Derecho Romano conoció dos catálogos o técnicas de nulidad: de un lado, unos supuestos sustantivos de nulidad, que tenían una formulación de naturaleza doctrinal y, de otro, unas técnicas procesales de nulidad o ineficacia, consistentes en negocios jurídicos válidos para el *ius civile* pero en los que el pretor apreciaba algún vicio subjetivo digno de protección por ser contrario a la equidad su cumplimiento, fundamentalmente casos de dolo, violencia o intimidación. A partir de estos supuestos los romanistas clásicos construyeron con posterioridad la errónea distinción entre la nulidad y la anulabilidad.

Para éstos, la nulidad se caracterizaba porque los actos viciados eran inválidos sin necesidad de pronunciamiento, como si fuesen inexistentes, siendo la constatación del pretor meramente declarativa; se produce con la producción del acto, *ab initio*; al no poder producir efecto alguno no era posible sanar el acto y, por tanto, la nulidad adquiría un carácter público, por lo que independientemente de la voluntad de las partes

---

<sup>57</sup> Aunque pueda defenderse el carácter declarativo de los pronunciamientos judiciales en casos de nulidad absoluta y constitutiva en supuestos de anulabilidad, lo cierto es que, materialmente, el acto puede desplegar efectos *ab initio* hasta su invalidación dada la presunción de validez de que goza y su ejecutividad, y de hecho así sucede en incesantes situaciones en la práctica.

<sup>58</sup> CANO CAMPOS, T.: "Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1915

<sup>59</sup> LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica de las nulidades*, Ed. Porrúa, México, 1945, p. 60

cualquier persona podía alegar la nulidad; por todo ello no era posible sanar el vicio, era insubsanable y, así mismo, imprescriptible, como consecuencia de lo anterior.

Por su parte, para los romanistas, el acto anulable no era inválido *per se*, sino que se le consideraba existente hasta su expulsión; ésta se producía desde el momento de la declaración de invalidez o anulación, no antes, periodo durante el que continuaba desplegando sus efectos, por lo que la declaración del pretor era constitutiva; la eliminación del acto, por tanto, sólo podía realizarse a través de dicha declaración, que debía instarse por las personas que tenían interés directo por ser las partes intervinientes en el negocio, que además como consecuencia de todo ello podían sanarlo, bien directa o expresamente, bien tácitamente por dejar transcurrir el plazo previsto para su impugnación, al ser dichos vicios prescriptibles.

La realidad distaba mucho de la percepción de los romanistas clásicos, como tuvo ocasión de examinar en profundidad SANTAMARÍA PASTOR<sup>60</sup>, entre otras causas porque la visión de la invalidez que se tenía en Derecho Romano era eminentemente práctica, concretándose para cada caso concreto con el fin de dar solución a problemas planteados por los particulares, por lo que todo intento de estructurar una teoría de la invalidez en Derecho Romano es, a juicio del autor, simplemente una utopía, al tratarse realmente de remedios procesales para la realización del Derecho.

Asimismo, para el citado autor, la distinción entre las nulidades del *ius civile* e *ius honorarium* no puede mantenerse, al no poder considerarse dos compartimentos estancos: ambos estaban interconectados, de forma que las nulidades del primero eran creadas por juristas en el sistema procesal pretoriano y determinadas soluciones procesales del segundo requirieron el impulso doctrinal de los juristas, creando una simbiosis muy positiva y enriquecedora, entre el Derecho Civil y el Honorario o Pretorio. LUTZESCO<sup>61</sup>, por su parte, distingue entre nulidades propias del *ius civile*, que comprendían los vicios por error, por ser el objeto del contrato *res extra commercium*, que comprendía supuestos de imposibilidad legal (como negocios cuyo objeto recaía en bienes religiosos o sagrados, o contraviniendo la prohibición de vender a hombres libres) y física (objeto desaparecido, indeterminación del objeto) y, posteriormente, también la causa, que daban lugar a la ineficacia total o nulidad absoluta del negocio; las creadas

---

<sup>60</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 90 y ss.

<sup>61</sup> LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica...*, op. cit., pp. 62 ss.

por el *ius pretorium* ya que, ante la ausencia de consecuencias por la concurrencia de vicios en el consentimiento, el pretor creó la teoría de la voluntad (gracias al reconocimiento de la consensualidad del contrato), del dolo (induciendo a error o engañando a alguien honesto, contraviniendo la buena fe, en definitiva) y de la violencia (material e incluso moral); por último, las propias del derecho consuetudinario como fuente nacida espontáneamente de la práctica jurisprudencial y las corrientes provenientes de la opinión pública, que comprendía supuestos que, protegidos en principio (como por ejemplo todo acto del *pater familias*), había excedido los límites de la moral (dilapidando el patrimonio familiar, v. gr.), por lo que se creó como forma de accionar contra tales actos la *querela*, remedio procesal que, junto a la *restitutio in integrum*, son para LUTZESCO el germen de la actual teoría de la invalidez.

Por su parte, tampoco existían regímenes jurídicos distintos de ambos tipos de nulidades, como la nulidad *per se* de los actos y negocios que predicen los romanistas clásicos, puesto que se trata de un error en la concepción del proceso civil romano. Así, su origen puede radicar, como aprecia SANTAMARÍA PASTOR<sup>62</sup>, en la mecánica de las fases *in iure* y *apud iudicem* del proceso, en la que la primera tenía lugar ante el pretor solicitando la admisión de la acción pretendida y designando el juez privado que en la segunda ventilaría el asunto; pues bien, si el pretor apreciaba la concurrencia de alguna nulidad en el título que sustentaba la acción, suspendía el proceso negando la acción, quedando su título sin efecto sin necesidad de que el juez se pronunciase al respecto.

En este sentido, es necesario destacar que el pretor podía invalidar un negocio jurídico válido para el Derecho Civil de varias formas: denegando la acción, concediendo una excepción oponible a la misma o bien reponiendo al anterior estado la situación a través de la *restitutio in integrum*, caso en el que además existían acciones pretorias para dejar sin eficacia aquellos efectos adicionales que el negocio anulado hubiese producido.

Las reglas de la posible (in)subsanabilidad o no del vicio tampoco son evidentes, pues la casuística marcaba los supuestos en que procedía o no; y la (im)prescriptibilidad de la nulidad tampoco, pues en el Derecho Romano clásico no existía la prescripción, siendo las acciones perpetuas, y en etapas posteriores tenían largo plazo de prescripción. Se volverán a cuestionar estos caracteres de la invalidez en el capítulo correspondiente,

---

<sup>62</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 93

por lo que se volverá a traer a colación en el momento oportuno, en sede de la regulación actual de la institución.

Por su parte, SAVIGNY<sup>63</sup> distingue tres clases de invalidez de los actos jurídicos que, según el autor, la doctrina moderna ha confundido frecuentemente:

i. Invalidez completa o parcial

La invalidez completa supone la nulidad del acto jurídico, de manera que elimina toda su eficacia, y consistiría en la simple negación de la relación jurídica, por lo que en este caso podría hablarse de actos nulos. Al ser nulo desde el principio, no puede recobrar su eficacia posteriormente.

Por su parte, la invalidez parcial supondría la existencia de un obstáculo - de gravedad variable- que se opone a la eficacia del acto jurídico, apareciendo como consecuencia del ejercicio de una acción (como la *actio quod metus causa*), una excepción (como la *exceptio doli*), de una obligación de dictar un acto contrario al anterior, una restitución o una *bonorum possessio contra Tabulas* (a estos supuestos los denomina el autor como “derecho vulnerable”). En estos casos, según SAVIGNY, al originarse un derecho nuevo de signo contrario al originario por la aparición de estos obstáculos, el originario podría recobrar su eficacia, por ejemplo, en caso de no ejercerse la acción en plazo.

ii. Invalidez incierta o eventual

Este tipo de invalidez es, para el autor, la que depende de hechos inciertos, tanto voluntarios (ejercicio por parte del legitimado para ello de una acción, excepción, etc.) -a los que la doctrina asigna el carácter de nulidad relativa-, como involuntarios (ausencia de cumplimiento de una condición suspensiva o cumplimiento de una resolutoria) -caso en que se la denomina por la moderna doctrina nulidad absoluta-. Según SAVIGNY esta distinción ha sido excesiva y conlleva una serie de graves errores, pues en el caso de la nulidad absoluta no tiene sentido hablar de voluntad

---

<sup>63</sup> VON SAVIGNY, F.K.: *Sistema del Derecho Romano actual*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 750

para dirigir una acción contra el acto nulo, pues éste no existe y nada, por tanto, hay que destruir, por lo que no depende de la voluntad del individuo.

iii. Invalidez *ab initio* o sobrevenida

El autor distingue así mismo la invalidez que vicia el acto desde el principio de la posteriormente acaecida, sin que en ningún caso pueda conferirse estas características, según SAVIGNY, a la nulidad absoluta o relativa como la doctrina moderna pretende. Así, lo ejemplifica con supuestos como el testamento válido a cuyo testador le nace un hijo póstumo (surgiría la invalidez sobrevenida), o al contrato en que interviene violencia o fraude (existe invalidez *ab initio*), supuesto que, a su vez, es susceptible de ser ratificado con posterioridad libremente, ya que realmente dicha ratificación provocaría la renuncia voluntaria de las excepciones a que daban lugar tales vicios<sup>64</sup>.

Una vez examinados los aspectos más relevantes de la conceptualización de la invalidez en Derecho Romano, volviendo ya a los antecedentes históricos, debe apuntarse que posteriormente, en época justiniana, del Bajo Imperio, disminuyó la calidad jurídica y llegó incluso a entrar en crisis, además de procederse en esta etapa a la reforma del sistema procesal, instaurándose la *cognitio extra ordinem*, el cual era un proceso en el que el magistrado asume la potestad de juzgar -sin intervención del juez privado- y, por ende, desaparecen las dos fases *in iure* y *apud iudicem*, pasando a ser de jurisdicción pública o en virtud del poder soberano estatal, con lo que se oficializó la judicatura y el ordenamiento jurídico se rigidificó, sin que el Derecho fuese ya tan creador, innovador y maleable.

Fue en este momento, el conocido como Bajo Imperio, en el que la calidad de la creación jurídica en relación con la teoría de la invalidez también disminuyó y, como indica acertadamente SANTAMARÍA PASTOR<sup>65</sup>, comenzó a sustituirse el “problema-solución” por la “categoría”, lo cual se extendió históricamente hasta la actual regulación vigente de la institución, como se tendrá ocasión de examinar. La Compilación Justiniana

---

<sup>64</sup> VON SAVIGNY, F.K.: *Sistema del Derecho...*, op. cit., p. 761

<sup>65</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 102



tampoco sistematizó ni teorizó el Derecho, sino que introdujo la abstracción como técnica, forzando el encasillamiento de las instituciones en categorías que, si bien previamente habían tenido una clara razón de ser, ya en estos momentos habían perdido su fundamento o presupuesto de hecho originarios para su aplicación.

No obstante, LUTZESCO<sup>66</sup> ha puesto de manifiesto que realmente sí hubo aportaciones importantes en materia de invalidez, a pesar de la modestia de tales innovaciones, además de haberse efectuado en esta época una importante labor de depuración y simplificación jurídica, facilitando así su comprensión y aplicación. En este sentido, con la unificación de las dos fases del proceso referida anteriormente, se consiguió también concentrar y unificar la aplicación práctica de la invalidez, al radicar ahora, únicamente en la persona del juez, la apreciación del vicio, conforme con las soluciones civiles y pretorias elaboradas en la etapa anterior, adoptando así sobre dicha base la decisión al respecto. Por su parte, el emperador Teodosio decidió que toda ley contravenida podría dar lugar a la nulidad, acabando con algunas lagunas que existían anteriormente por inaplicación de Leyes a juicio del perjudicado.

De hecho, para el citado autor, la desaparición de la dualidad pretor-juez dio lugar a que este último, al ser depositario único de todas las sanciones posibles, se esforzase en relacionar la gravedad de la irregularidad del acto con la sanción a imponer en consecuencia, surgiendo así el germen de lo que posteriormente sería la dualidad, por todos conocida, nulidad absoluta-nulidad relativa.

Posteriormente, en la Alta Edad Media, se produjo el abandono del estudio de las instituciones y categorías jurídicas, aunado por la caída del Imperio Romano y la invasión germánica, con lo que se paralizó la evolución de la teoría de la invalidez. Este periodo de invasión germana produjo el paso a una alta deficiencia en la regulación del fenómeno, como puede observarse en la *Lex Romana Wisigotorum* (Breviario de Alarico) y la *Lex Romana Burgundionum*.

Ambos cuerpos legales, cuya elaboración fue ordenada por los reyes germanos, tenían como finalidad compilar los usos para ser aplicados junto con el ordenamiento jurídico previamente vigente, para así no tener enfrentamientos con sus súbditos y ejercer con tranquilidad su posición política dominante, por lo que en sus inicios estaban bastante

---

<sup>66</sup> LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica...*, op. cit., pp. 88 ss.

influenciados por el Derecho Romano. En ellos, la teoría de la invalidez mantiene su esencia, y así lo confirma LUTZESCO<sup>67</sup>, calificándose como nulidad absoluta aquellos vicios relacionados con la ilicitud o la inmoralidad del acto (aspecto éste que se incorporó por cierta influencia del cristianismo), incluyendo aquellos que tenían por objeto la *res extra commercium* y los de contenido imposible; y como nulidad relativa (o anulabilidad) aquellos relacionados con el dolo, la violencia, el error o la menor edad. Sin embargo, conforme avanza la etapa, las leyes posteriores como la *Lex Salica* o la *Lex Ripuaria*, disminuyeron su calidad y la invalidez ni tan siquiera aparecía tratada en la primera, siendo escasa su regulación en la segunda.

Hubo que esperar hasta su posterior resurgimiento en el periodo del Renacimiento, ya en el siglo XII, para encontrar algún atisbo de avance sobre el particular, con las escuelas italianas y, en particular, la Escuela de Bolonia, que reavivó el estudio jurídico en general tras su decaimiento, siendo impulsado igualmente por parte de los glosadores, así como por las escuelas jurídicas italianas.

### **3. El régimen de la invalidez de los actos y negocios jurídicos en Derecho Civil: de su génesis a la regulación actual**

Sin perjuicio de que, como ha podido apreciarse en el epígrafe anterior, el origen de la teoría de la invalidez ha radicado en el ámbito civil, como no podía ser de otra forma, desde su génesis a la actualidad, merece destacar en este punto cómo su desarrollo evolucionó en un determinado momento histórico hacia una regulación muy similar a la actualmente vigente en el ámbito jurídico-privado, razón por la cual merece ser distinguida de la etapa anterior puesto que, como se verá, tendrá una gran influencia posteriormente en la regulación de la institución en el Derecho Administrativo.

Para la teoría general de la invalidez en Derecho Civil, la Escuela de Bolonia y sus glosadores tuvieron una gran importancia, como apunta SANTAMARÍA PASTOR<sup>68</sup>; aquélla partió a tal fin nuevamente del estudio del *Corpus Iuris*, siendo objeto de depuración por parte de los juristas para detectar y colmar lagunas jurídicas. El citado

---

<sup>67</sup> LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica...*, op. cit., p. 96

<sup>68</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 112

autor refiere que IRNERIO<sup>69</sup>, de la citada Escuela, utilizó durante el siglo XI para ello una metodología basada en el pleno respeto a los textos de Justiniano, sin aportar novedades al respecto, utilizando el método exegético, tratando por tanto el Derecho Romano como objeto de estudio científico susceptible de categorización, sin tener en cuenta que fue concebido para ser un Derecho práctico, de aplicación a situaciones reales.

Para ello, la citada Escuela estableció el primer esquema de la teoría de la invalidez (producto a su vez de la categorización de la figura), siendo por tanto el primer atisbo de sistematización abstracta de los supuestos de invalidez, distinguiendo a tal efecto entre: (i) la nulidad absoluta, en que incurrían los actos de contenido contrario a la ley, que comprendían las cláusulas prohibidas, inmorales, imposibles o pactadas con incapaces, cuya sanación posterior no era posible, si bien LUTZESCO<sup>70</sup> advierte que se confundía frecuentemente en este punto lo que era contrario a la ley y lo que se hacía en fraude de la misma; y (ii) la nulidad relativa, en que incurrían los actos rescindibles, fundamentalmente viciados con violencia, dolo o lesión, fijando la atención en su carácter sanable, a través de la ratificación posterior.

No obstante, tampoco la Escuela de Bolonia, ni sus seguidores coetáneos y posteriores, conocidos como “glosadores”, profundizaron en exceso en la teoría de la invalidez de los actos. No fue sino hasta el siglo XIII cuando la Escuela de Comentaristas (a veces denominados también “post-glosadores”) hizo su aparición y, teniendo en cuenta que en esta época, con el auge del comercio, comienza a reclamarse la primacía del Derecho de las ciudades frente al Derecho común, pues hasta la fecha los glosadores identificaban al *Corpus Iuris* como Derecho común de aplicación general, fueron precisamente los comentarios efectuados al mismo (de carácter eminentemente constructivo) los que dieron lugar a una verdadera reelaboración del Derecho para adaptarlo a las especialidades del lugar en que debía aplicarse.

---

<sup>69</sup> Como ilustra LUTZESCO, G. en *Teoría y práctica...*, op. cit., p. 110, previamente al resurgimiento de la vigencia de los textos romanos reelaborados y reinterpretados gracias a IRNERIO y sus discípulos MARTINUS, BULGARUS, ALBERICI y HUGES, dos fueron las Leyes que se enfrentaron a las leyes “bárbaras”: el *Brachyologus Iuris Civilis* y el *Petrus*, que regulaban el fenómeno de la nulidad (denominado “inutilidad”) vinculándolo a la cosa, a lo dispuesto en la ley, y a la persona que se obliga, distinguiendo la nulidad absoluta de la relativa como espejo mismo de la clásica construcción de la teoría, con algunas particularidades cuyo examen en profundidad excedería del objeto del presente trabajo.

<sup>70</sup> LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica...*, op. cit., p. 113

Es precisamente en esta etapa, siendo máximo exponente el comentarista BARTOLO DE SASSOFERRATO, en la que se consagra plenamente la distinción entre la nulidad y la anulabilidad, según SANTAMARÍA PASTOR<sup>71</sup>, para explicar ciertos textos romanos que aparentemente eran contradictorios, poniendo como ejemplo el citado autor el supuesto en que se prohibía dictar sentencias bajo condición y al mismo tiempo se declaraba válida la sentencia así dictada, por lo que la solución pasaba por calificarla como anulable en lugar de nula. Y, aunque no se encuentra una clara sistematización, pues la graduación del vicio era casuística, se identifica ya en esta etapa el acto nulo, como aquél realizado contra lo dispuesto por una ley en beneficio del interés público, del anulable, como aquél realizado contra una prescripción legal que, en este caso, es en beneficio de un interés particular, caso en que sería renunciable; como aprecia LUTZESCO<sup>72</sup>, aunque ambas se orientan a la sanción del acto viciado, la nulidad absoluta fija sus bases sobre consideraciones de utilidad pública, esto es, para garantizar el respeto de las leyes cuya prohibición afecta al interés general, mientras que la relativa lo hace en relación a la noción de sanción-favor concedida a una persona o grupo de personas determinado.

En este punto radica, a juicio de SANTAMARÍA PASTOR, uno de los caracteres principalmente admitidos de la nulidad absoluta en la actualidad, proveniente de la obra del comentarista anteriormente referido, en relación con que la misma opera *ipso iure*, aunque precisa que la interpretación correcta de los textos apunta a que realmente se pretendía que cuando la nulidad se manifestaba patentemente, la anulación del mismo se efectuaba mediante un proceso más sencillo denominado *restitutio iure actionis*, sin necesidad de tramitar la siguiente parte del proceso (*restitutio officio iudicis*), la cual era necesaria si la nulidad no era manifiestamente apreciable, pues había que ahondar más en el fondo del asunto.

Hasta los siglos XV y XVI, la teoría de la invalidez no sufre novedades relevantes<sup>73</sup>, al aceptarse generalmente como ordenamiento jurídico el Derecho Romano Justiniano,

---

<sup>71</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, p. 116

<sup>72</sup> LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, p. 119

<sup>73</sup> Únicamente algún autor como LUTZESCO, G. en *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, p. 132, también refiere algunas improntas que el Derecho Canónico introdujo en materia de validez, toda vez que, a pesar de no innovar al respecto, e incluso defender en ocasiones situaciones de invalidez sobre la base de su sanación por intermediación de la autoridad que había prestado juramento ante la Iglesia -con finalidades a veces conciliadoras, con el fin de incorporarse, por ejemplo, a un contrato civil aquejado de invalidez en aras a

salvo en algunas zonas germánicas, en las que predominaba el Derecho consuetudinario. A partir de ese momento, la ciencia jurídica evoluciona, influenciada por el humanismo y el régimen político de la época, el absolutismo, lo cual determinó que el Derecho Romano Justiniano generado por los glosadores y comentaristas en la etapa anterior (tendencia conocida como *mos italicus*) perdiese vigencia por una nueva tendencia (*mos gallicus*), adquiriendo especial énfasis en Francia con las Ordenanzas de *Montils-Les-Tours* (1453) y la de *Lyon* (1510), basadas en las costumbres provinciales o *coutumes generales*, dando así una nueva forma al *ius commune*, adaptándolo a la nueva realidad imperante, esto es, sin intenciones de anularlo, sino de adaptarlo, a lo cual también, como aprecia LUTZESCO<sup>74</sup>, contribuyó HUGO GROCIO, quien influyó en el pensamiento y razonamiento de autores del siglo XVI.

La segunda Ordenanza citada tuvo especial importancia, puesto que, a partir de su vigencia, con carácter previo a que el Parlamento declarase la invalidez de relaciones contractuales por ser contrarios a Derecho común, debía recabar una autorización (de naturaleza discrecional) de la Cancillería Real denominada *lettres de rescision*, sin que ello se exigiese si la vulneración era de Derecho consuetudinario o *coutumes*.

Como puede apreciarse, el surgimiento de las monarquías absolutas comienza a desplazar al Derecho Romano (Sacro Imperio) en favor del Derecho nacional, momento en el cual la cultura jurídica europea se escinde en dos: (i) países como Alemania o Italia, de constitución política, que mantienen en vigor el Derecho Romano; y (ii) otros como España o Francia, de unidad nacional, donde el espíritu de independencia frente a imperialismos europeos hizo que el Derecho Romano entrase en cuarentena.

Este es precisamente el origen de la regulación jurídica de la invalidez en Europa: la codificación napoleónica, en la que se manifiesta la preferencia por el ordenamiento jurídico nacional sobre otros, como WINDSCHEID<sup>75</sup> expone a lo largo de su obra. Con ello, lo fines que perseguían los franceses, como se apuntó anteriormente, eran

---

garantizar su ejecución-, suscitó discusiones en torno a la importancia que había de darse a las prohibiciones legales originantes de invalidez, e introdujo el aspecto moral en materia contractual, planteamientos enriquecedores al fin y al cabo para la construcción histórica de la teoría que nos ocupa, aunque a veces tales planteamientos en la práctica hayan resultado en beneficio del acreedor cuya violencia había invadido la esfera del deudor.

<sup>74</sup> LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica...*, op. cit., p. 134

<sup>75</sup> WINDSCHEID, B.: *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Ed. Buddeus, Düsseldorf, 1847, en especial, pp. 1-27

evidentemente políticos, dando preferencia al Derecho nacional, y por ello precisamente sólo se reconocía la nulidad si concurría una infracción de una norma de Derecho francés; por el contrario, si lo era de Derecho Romano, sólo cabía la rescisión<sup>76</sup>. Tras el esplendor del Derecho francés, en el siglo XVII comienza una época de decadencia, siendo superada por el poshumanismo, el cual, aplicando la metodología propia del iusnaturalismo racionalista, supuso un giro decisivo en la ciencia jurídica, aunado además por la introducción del racionalismo cartesiano en el razonamiento jurídico<sup>77</sup> (no sin haberse intentado previamente por LIEBNITZ, sin éxito, matematizar la lógica jurídica, pero que no impidió que el Derecho Natural surgiese a través de la dogmática racionalista).

Así se produce, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, el salto del tópico al axioma<sup>78</sup>, sentando las bases de lo que posteriormente sería el modo habitual de pensamiento jurídico. En este sentido, el autor cita a DOMAT, quien expone cómo la vida social se configura en torno a dos criterios o razones: la natural y la política o legal, en las cuales la esfera de influencia son el orden natural y el orden público, respectivamente. En este último caso, cuando un vicio ataca al orden público nos encontramos ante un supuesto de nulidad<sup>79</sup>.

La labor de consolidación de la estructura dogmática del Derecho Civil llevada a cabo por este autor bajo patrones romanistas marcó la evolución del pensamiento jurídico continental, llegándose a un acuerdo en relación con la graduación de la invalidez y su terminología (nulidad absoluta/anulabilidad), así como los efectos de cada tipo de nulidad y la única necesidad de acudir al Juez con efectos declarativos.

Posteriormente, en 1789, se produce un quebranto decisivo de la teoría de la invalidez, aboliéndose las *lettres de rescission* y desapareciendo las diferencias de procedimiento de ambos tipos de nulidades. No obstante, dado que ya se había asentado la teoría, se

---

<sup>76</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 132

<sup>77</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 135

<sup>78</sup> El Diccionario de la Real Academia Española establece que el vocablo “axioma” proviene del latín, “*axioma*”, y éste a su vez del griego “*ἀξίωμα* *axiōma*”, definiéndolo como aquella proposición tan clara y evidente que se admite sin demostración, así como cada uno de los principios fundamentales e indemostrables sobre los que se construye una teoría (puede consultarse la versión online en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=axioma>, última consulta efectuada el 12/10/2018).

<sup>79</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 138 y ss. Puede apreciarse cómo la teoría de los vicios de orden público continúa siendo determinantes en la actualidad para la teoría de la invalidez de los actos administrativos en la obra de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La doctrina de los vicios de orden público*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970.

mantuvo la distinción en el plano teórico, pero ya había perdido totalmente el contacto con la realidad que regulaba<sup>80</sup>.

En esta etapa, la conservadora codificación francesa, con su plasmación en el *Code Civile*, elevó a la categoría de norma jurídica la teoría de la invalidez, pero sin innovar en absoluto, asumiendo simplemente los desarrollos llevados a cabo con anterioridad. En este sentido, el *Code*, al no haber sistematizado teóricamente el negocio jurídico, se limitó a regular o trasladar la teoría sobre la invalidez de forma abstracta, sin construir una teoría completa, que era algo utópico para los franceses –no así para los alemanes, como puede apreciarse–; por ello el *Code* de Napoleón no elaboró una verdadera teoría de la invalidez, sino que recogió preceptos aislados sobre la ineficacia de las distintas instituciones civiles, con base en las relaciones sociales más comunes, en sede de “las personas”, “las cosas” “el matrimonio”, “los contratos”, etc., olvidando cualquier aspecto que pudiese constituir una categoría jurídica autónoma, como por ejemplo la distinción entre nulidad absoluta y relativa.

Esta línea de positivación de la teoría de la invalidez fue seguida por el resto de los ordenamientos jurídicos europeos, salvo el alemán, cuyo *Bürgerliches Gesetzbuch* (también BGB)<sup>81</sup> la ubicó y estructuró en la Parte General, como se desprende del estudio de VON HIPPEL<sup>82</sup>. La razón fundamental de este proceder y su única aplicación germana radica en que, para proceder como los alemanes, era necesario haber desarrollado previamente una teoría general sobre el negocio jurídico, lo cual había sido efectivamente llevado a cabo por la pandectística alemana (*pandectas*), pero no por el resto de Europa. No obstante, VON HIPPEL<sup>83</sup> critica esta forma de generalizar la teoría de la invalidez, y entiende que las situaciones que se planteen deben resolverse casuísticamente, esto es, caso a caso, y en función del elemento teleológico (finalidad) de la norma que resulta de aplicación al mismo, postura que posteriormente es tomada en cuenta por FORSTHOFF<sup>84</sup> en su obra, aunque este autor, a diferencia del primero, sí

---

<sup>80</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 141.

<sup>81</sup> Código Civil alemán

<sup>82</sup> VON HIPPEL, E.: *Untersuchungen zum Problem...*, op. cit., pp. 14 y ss.

<sup>83</sup> VON HIPPEL, E.: *Untersuchungen zum Problem...*, op. cit., pp. 68 y ss.

<sup>84</sup> FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 318 y ss.

proporciona un catálogo de supuestos de nulidad y anulabilidad en función de la gravedad del vicio que afecta al acto, pues entiende que el mismo resulta útil.

Como consecuencia de todo ello, la Escuela Exegética<sup>85</sup> (MALEVILLE, TOULLIER) y las obras del primer tercio del siglo XIX llevaron a cabo su labor tomando como punto de referencia (axioma) los esquemas teóricos ya asentados, con nula innovación o aportación doctrinal relevante, salvo la relativa a la doctrina de los actos inexistentes<sup>86</sup>, por lo que la invalidez se construye a partir de la dogmática ya elaborada en lugar de partir de la normativa vigente y su interpretación por la doctrina y los órganos jurisdiccionales, lo cual, a juicio de SANTAMARÍA PASTOR<sup>87</sup>, aún sucedía a finales del siglo XX. Como se tendrá ocasión de apreciar en capítulos posteriores del presente trabajo, esta apreciación continúa vigente en la actualidad.

La referida tesis de la inexistencia vino a colmar aquellas lagunas de que el Código de Napoleón adolecía, ya que muchos de los vicios más graves habían desaparecido de los supuestos de hecho determinantes de la nulidad de pleno Derecho, siendo JAPIOT<sup>88</sup> uno de los primeros autores franceses que se encargaron de tratar la cuestión, a pesar de que su creación se atribuye por la doctrina a ZACHARIAE<sup>89</sup>. Concretamente, el problema que dio lugar a esta tesis fue, como describe en la doctrina alemana VON HIPPEL<sup>90</sup>, que había una ausencia en la regulación de la invalidez en la institución del matrimonio, en virtud de la cual se obvió el vicio consistente en la celebración entre personas del mismo sexo. Al tratarse de algo inaceptable en esta época histórica, la tesis de la inexistencia vino a salvar este tipo de supuestos no categorizados como nulos para conseguir la invalidación (o, más exactamente, declarar la inexistencia) del matrimonio, llegando DEMOLOMBE<sup>91</sup> a afirmar que no es necesario texto legal alguno que prevea una situación que, simplemente, no existe.

---

<sup>85</sup> Caracterizados precisamente por su tendencia a una interpretación íntimamente ligada a los textos, denominada interpretación exegética.

<sup>86</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 142

<sup>87</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 143

<sup>88</sup> JAPIOT, R.: *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Editeur Arthur Rousseau, Paris, 1909, pp. 36 y ss.

<sup>89</sup> Así lo afirma LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica...*, op. cit., p. 167

<sup>90</sup> VON HIPPEL, E.: *Untersuchungen zum Problem...*, op. cit., p. 7

<sup>91</sup> DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon*, Vol. III, 1846, p. 335, cit. por VON HIPPEL, E.: *Untersuchungen zum Problem...*, op. cit., p. 7



Así la tesis inexistencia comenzó a nutrirse de los supuestos de nulidad de pleno Derecho, como explica el maestro SANTAMARÍA PASTOR<sup>92</sup>, por una errónea interpretación de los miembros de la Escuela Exegética de la máxima *nullités de plein droit n'ont pas lieu en France*, originalmente concebida (por la doctrina y la jurisprudencia de los siglos XVII y XVIII) para negar efectos automáticos a una posible exención de control judicial de los supuestos de nulidad; no para excluir, por tanto, la apreciación de éstos, sino precisamente para confirmar que toda invalidez debía ser objeto de control judicial.

A esta opinión se opuso un sector doctrinal como PLANIOL<sup>93</sup>, quien defendió la máxima *pas de nullité sans text*, en virtud de la cual no podría apreciarse la nulidad si no existía título jurídico previo legalmente reconocido y afirmando que la inexistencia y la nulidad de pleno Derecho eran una misma realidad, por lo que no tenía sentido dicha distinción. Así que, de alguna forma, había que colmar tales omisiones, distinguiendo para ello dos planos: el de los hechos (si el acto ha tenido lugar, esto es, si existe o no) y el jurídico (si, una vez constatada su existencia, reúne o no los requisitos de validez).

En la doctrina italiana<sup>94</sup>, hay voces que apuntan incluso a que la existencia del acto o negocio es presupuesto base de la validez del mismo, aunque salvan algún supuesto en materia testamentaria en que podría tener algún sentido.

Esta polémica aún perdura, encontrándose la mayor parte de las posturas en sentido contrario a su reconocimiento como categoría jurídica, pudiéndose citar, por todos, a DE CASTRO Y BRAVO<sup>95</sup>, quien explica que en nuestro ordenamiento jurídico se incorporó la figura de la inexistencia para suplir la confusión originada por el artículo 1301 del Código Civil (CC, en adelante), siendo muy gráfica la distinción que realiza el autor al comparar la inexistencia con un “fantasma” y la nulidad como el “nacido ya muerto”<sup>96</sup>. Por su parte, DÍEZ-PICAZO<sup>97</sup> expone igualmente que dicho concepto carece absolutamente de utilidad y necesidad, habida cuenta de que la inexistencia no produce mayores consecuencias que las propias de la nulidad absoluta y, adicionalmente, porque

---

<sup>92</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 146

<sup>93</sup> En este sentido, JAPIOT, R.: *Des nullités en...*, op. cit., pp. 122 y ss.

<sup>94</sup> AZARA, A. y EULA, E. (Dirs.): *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, Ed. Torinese, p. 997

<sup>95</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Ed. Thomson Civitas, 2008, pp. 463 y ss.

<sup>96</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 464.

<sup>97</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 299.

tampoco la falta de previsión legal impide en todo caso la calificación de un acto o negocio como nulo, si puede inferirse del significado y finalidad de la propia ley o con ayuda de los Principios Generales del Derecho.

Y es que esta confusión apuntada por DE CASTRO Y BRAVO, traía causa del Capítulo VI (rubricado “de la nulidad de los contratos”) del Título II (“de los contratos”) del CC, ya que establecía que “la acción de nulidad sólo durará cuatro años”, ciñéndose dicha acción, por tanto, por el instituto de la caducidad, a los supuestos de simulación absoluta y falta de consentimiento por autocontratación, lo cual parecía ser inevitable. Gracias a la calificación del negocio simulado como inexistente, se vino a limitar el alcance de dicho plazo a los supuestos de anulabilidad, por lo que en estos casos de simulación la acción declarativa no caducaba por el transcurso de cuatro años.

Tuvo que surgir la Escuela Histórica y la *pandectas* alemana para que se produjeran avances en la técnica de la teoría de la invalidez, en cuyo seno autores de la talla de SAVIGNY y WINDSCHEID<sup>98</sup> conceptualizaron la nulidad como la negación del acto mismo. En relación con la teoría de la invalidez en Derecho Civil, debe tenerse en cuenta la advertencia efectuada hace ya años por DE CASTRO Y BRAVO<sup>99</sup>, quien afirmaba que era imposible establecer una dogmática *a priori* de dicha institución ya que, por ejemplo, a pesar de parecer lógico que la intensidad de esta fuese proporcional a la gravedad del vicio, no sucede así en la realidad<sup>100</sup>. Es por ello por lo que concluye que la teoría de la invalidez tiene realmente otro contenido, y explica cómo la técnica jurídica ha ido perfilando una serie de tipos de invalidez (que el autor denomina ineficacia) y a ellos se refieren las disposiciones normativas, precisando la primera el alcance de cada uno de ellos, sin intención de determinar los vicios concretos a que se refiere, tarea de la que se encarga la regulación de cada figura jurídica.

El CC español dedica el Capítulo VI del Título II del Libro IV, como se apuntó anteriormente, a la nulidad de los contratos. La terminología en este punto es confusa,

---

<sup>98</sup> Puede apreciarse cómo el autor se refiere a las distintas situaciones de invalidez que pueden surgir en instituciones propias del Derecho Civil y constantes referencias a SAVIGNY en su obra WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1887; en relación con los negocios jurídicos en especial, *vid.* pp. 243 ss.

<sup>99</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, *op. cit.*, pp. 461-462.

<sup>100</sup> Ejemplifica el autor cómo los actos del menor o del loco son anulables y no nulos, o cómo el error, en función de su tipo (obstativo, en los contratos, en el matrimonio, etc.) puede originar distintos grados de invalidez.

toda vez que en dicho capítulo se regula la anulabilidad, aunque el hecho de que se aplique el artículo 1303 CC<sup>101</sup> directamente a los supuestos de nulidad, en lugar de hacerlo por vía de la analogía, no haga sino incrementar dicha confusión. En dicho precepto se regula la conocida civilmente como *restitutio in integrum* o recíproca obligación de restituirse las prestaciones que fueron objeto del contrato anulado. Al declararse anulable un contrato, la invalidez operará retroactivamente, aunque esto no es pacífico en la doctrina<sup>102</sup>.

Por su parte, el artículo 1300 CC dispone que “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”. En este sentido, la doctrina civilista se divide en dos grupos<sup>103</sup>, el primero de ellos que distingue tres categorías de invalidez negocial, a saber: (i) inexistencia, (ii) nulidad y (iii) anulabilidad; y un segundo grupo el cual, ante la problemática distinción de la inexistencia y la nulidad, distingue únicamente entre la nulidad de pleno derecho, para aquellos supuestos en que falta algún elemento de los del artículo 1261 CC o se vulnera una prohibición establecida *ex lege* (artículo 6.3 CC), y la anulabilidad para los supuestos del artículo 1301 CC, esto es, los supuestos de intimidación, violencia, error, dolo, falsedad de la causa, celebrados por menores o incapacitados y actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario.

El problema radica, como apunta CARRASCO PERERA<sup>104</sup>, en que el Código Civil únicamente ha establecido un régimen aplicable al contrato nulo en sus artículos 1300 a 1314, inicialmente concebido para los supuestos anteriormente citados del artículo 1301, si bien, dada la ausencia de otro régimen específico, a él se redireccionan otros

---

<sup>101</sup> Dicho precepto reza así: “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”.

<sup>102</sup> Puede apreciarse cómo CLAVERÍA GOSÁLBEZ y la STS 27/11/1998 están a favor; en contra, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, DELGADO ECHEVARRÍA, y COLÁS ESCANDÓN, cit. por COLÁS ESCANDÓN, A.M. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, 4ª ed., 2013, p. 1777

<sup>103</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LACRUZ BERDEJO, CLAVERÍA GOSÁLBEZ y COLÁS ESCANDÓN, cit. por COLÁS ESCANDÓN, A.M. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...*, op. cit., pp. 1776-1777

<sup>104</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 650

supuestos de ineficacia inicial<sup>105</sup>, si existe identidad de razón. Para este autor, si bien la nulidad absoluta/anulabilidad es aceptada con carácter general, entiende que la nulidad radical únicamente se da en dos supuestos: (i) cuando las partes han acordado y pretendido un contenido prohibido (ex artículos 6.3, 1116 y 1275 CC) o (ii) cuando existe ausencia de voluntad típica o de la causa necesaria –simulación- (artículo 1276 CC); en el resto de supuestos podrá reconocerse la inexistencia del contrato o cualquier otro al que haya de aplicarse el régimen de la anulabilidad, como tuvo ocasión de apuntar el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 2009<sup>106</sup> pero, en ningún caso, a juicio del autor, el de la nulidad radical, reservado a los dos anteriores.

#### a) La nulidad absoluta en Derecho Civil

Se caracteriza por ser intrínseca al negocio, afirmándose por la doctrina<sup>107</sup> que la ausencia de efectos negociales se da sin necesidad de impugnación del negocio, y precisando la jurisprudencia que el acto nulo no tiene efectos congruos de ninguna clase en el ámbito jurídico<sup>108</sup>. DE CASTRO Y BRAVO distingue, en sentido amplio, los siguientes supuestos de nulidad:

- Negocios inexistentes, entre los cuales se encuentran los incompletos (ausencia de elemento esencial sin posibilidad de suplirlo mediante su interpretación, como tratos preliminares no culminados, aquellos celebrados en ausencia de poder suficiente y los carentes de la forma legalmente establecida como esencial); los defectuosos (ausencia de consentimiento, causa o forma); y los aparentes (supuestos de simulación).
- Negocios imperfectos, los cuales, aun reuniendo los requisitos esenciales para su existencia, adolecen de algún vicio insubsanable relacionado con la concurrencia de violencia, dolo o fraude, se han llevado a cabo sin observar las formalidades legales, o concurre ilicitud de la causa.

---

<sup>105</sup> El autor distingue entre ineficacia (invalidez) inicial y sobrevenida, identificando la primera cuando la patología que produce la ineficacia aparece durante la formación del contrato o en su perfección, mientras que la segunda se concreta en la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la resolución contractual.

<sup>106</sup> RJ 2009\3341

<sup>107</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, op. cit., p. 471

<sup>108</sup> Sentencia de 9 de enero de 1933 (RJ 1933\1417)

- Negocios prohibidos, por ser contrarios a lo establecido en la Ley.

Otros autores, como DELGADO ECHEVARRÍA<sup>109</sup>, distinguen entre las causas de nulidad por (i) la falta de consentimiento<sup>110</sup>, objeto o causa (artículo 1261 CC); (ii) indeterminación absoluta del objeto (artículo 1273 CC) y su ilicitud (artículos 1271, 1272 y 1305 CC); (iii) ilicitud de la causa (artículos 1275, 1305 y 1306 CC); (iv) expresión de una causa falsa –simulación por ausencia de consentimiento- (artículo 1276 CC); (v) falta de forma, en aquellos casos en los que viene exigido para la validez del contrato (como las donaciones ex artículos 632 y 633 CC); y (vi) haber infringido una norma imperativa o prohibitiva, como sería el supuesto de vulneración de Derecho de la Unión Europea.

También DÍEZ-PICAZO<sup>111</sup>, por su parte, afirma que la nulidad es definida como un tipo de ineficacia estructural (por derivar de un vicio en la formación del contrato), automática o radical (por operar *ipso iure*, sin necesidad de acción por parte de los interesados) y que puede ser apreciada de oficio. Reconoce este autor, como causas de nulidad: (i) la transgresión de los límites de la autonomía privada; (ii) la ilicitud del objeto contractual; (iii) la ilicitud de la causa; y (iv) la ausencia de forma cuando sea exigida *ad solemnitatem*<sup>112</sup>.

En relación con los efectos de la nulidad del negocio, se entiende que goza de los siguientes caracteres: (i) es automática, opera *ipso iure*, si bien hay ocasiones que se requiere de la intervención judicial a los meros efectos declarativos, pudiendo los jueces y tribunales apreciarlo de oficio (sin que sea necesario, por tanto, que se alegue por las partes); (ii) provoca efectos generales o *erga omnes*, afectando a todo sujeto incluso extraño al negocio jurídico, si bien en este caso debe protegerse al tercero de buena fe (como lo hace el artículo 34 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria); (iii) el vicio es insubsanable, al no ser disponible en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad; (iv) el negocio viciado

---

<sup>109</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades de...*, op. cit., pp. 50-51

<sup>110</sup> Para un estudio en profundidad acerca de la ausencia de consentimiento puede consultarse la obra de JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988

<sup>111</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 313

<sup>112</sup> Recuérdese la distinción existente entre la forma *ad solemnitatem* o *ad probationem*, cuya diferencia radica principalmente en que en el primer caso el requisito de forma es indispensable para la perfección del negocio jurídico, de forma que si no se verifica no puede entenderse ni tan siquiera celebrado, mientras que en el segundo lo es a efectos meramente probatorios, por lo que el negocio se perfecciona sin su concurrencia, a pesar de ser aconsejable su observancia.

no puede confirmarse, tal y como dispone el artículo 1310 CC, el cual exige para ello que reúna los requisitos del artículo 1261 CC, por lo que la acción de los interesados no puede sanar el vicio; (v) el vicio es imprescriptible, es decir, no es posible que el negocio sane por el transcurso del tiempo, pues ni la acción ni la aquiescencia de los interesados pueden sanarlo. En el Capítulo correspondiente del presente trabajo<sup>113</sup> se tendrá ocasión de examinar las posibilidades de sanación del acto administrativo viciado, motivo por el cual resulta de interés conocer la regulación jurídico-privada, pues es el origen, en definitiva, de la regulación jurídico-pública, como ya se ha tenido ocasión de apuntar, dadas las implicaciones y la relevancia de la cuestión.

Por último, debe mencionarse la aceptación en Derecho Civil de supuestos de nulidad parcial<sup>114</sup>, reconociéndose (i) por mandato legal, para aquellos casos en que el Código Civil regula únicamente la invalidez de la cláusula viciada, manteniendo la validez del resto del negocio; (ii) por interpretación del negocio en aquellos casos en que el contenido del negocio es divisible, siempre y cuando la nulidad afecte a una parte no esencial del mismo, entendiendo ésta como el propósito negocial principal, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe; y (iii) para evitar el fraude de ley, pues existen supuestos, por ejemplo, en que la Ley contiene previsiones en beneficio de la parte contratante más débil, y su contravención y consiguiente nulidad perjudicaría, finalmente, al que inicialmente se pretendía proteger, por lo que habrá de estarse al caso concreto para determinar la procedencia o no del reconocimiento de la nulidad parcial.

Para LASARTE<sup>115</sup>, dada la escasez práctica de los supuestos de nulidad y dados los problemas de prueba que suscita en la práctica judicial, la nulidad parcial se hace cada vez más presente, identificando el autor estos supuestos como aquellos en los que el contrato contiene una o varias cláusulas contrarias a una norma imperativa pero es válido y contiene, por tanto, todos sus elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa y forma cuando es exigible), por lo que el problema radica, a juicio del autor, en determinar si la invalidez de la cláusula nula debe afectar o no al conjunto estructural.

---

<sup>113</sup> Vid. Capítulo VIII, apartado 2

<sup>114</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, op. cit., pp. 493 y ss.

<sup>115</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil. Contratos*, Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 138-139

#### b) La anulabilidad en Derecho Civil

La figura de la anulabilidad en Derecho Civil es, a juicio de la doctrina, más difusa que la de la nulidad. Así, DE CASTRO Y BRAVO<sup>116</sup> define el negocio jurídico anulable como aquél cuya invalidación depende del ejercicio de la acción impugnatoria, reconociéndose por el artículo 1300 CC que los contratos pueden ser anulados aunque no haya lesión para las partes intervinientes; en consecuencia, la anulabilidad se dice que es transitoria, puesto que es necesario que el interesado solicite la anulación y, en caso contrario, transcurrido el plazo establecido para ello, puede sanar el negocio bien por confirmación, bien por caducidad de la acción.

La finalidad, evidentemente, es la de proteger al incapaz o a aquellos cuyo consentimiento estaba viciado al tiempo de prestarlo, ya que los principales vicios que dan lugar a la anulabilidad civil<sup>117</sup> son, precisamente, la falta de plena capacidad de obrar (tanto si son llevados a cabo por incapaces como por personas que tienen la capacidad limitada o requieren un complemento de la capacidad), y la concurrencia de vicios de la voluntad (por error, violencia, dolo o intimidación), para que ejerzan la correspondiente acción una vez puedan hacerlo con capacidad o sin la voluntad viciada (así también sus representantes) pero, al mismo tiempo, conseguir que tal vicio no conlleve necesariamente la invalidez (como sucedería en el caso de la nulidad absoluta) si el negocio o acto jurídico les beneficia. Recogidos en el artículo 1301 CC, entre las causas determinantes de anulabilidad se encuentra algunos tales como negocios celebrados por menores o incapacitados, así como por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando dicho consentimiento fuese necesario.

En caso de proceder el sujeto protegido por la anulabilidad a la sanación del acto o negocio mediante confirmación, aquél se considera sanado *in radice*, desde que se celebró; y, en caso contrario, de impugnarlo, una vez declarada su invalidez se considera inválido con efectos *ex tunc*, esto es, desde su celebración<sup>118</sup>.

En relación con la acción de anulabilidad, es distinta a la de nulidad y de rescisión, al tratarse en este caso de una doble acción, declarativa (apreciación del vicio) y

---

<sup>116</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, op. cit., p. 497

<sup>117</sup> Artículo 1301 CC y, por todos, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 318

<sup>118</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, op. cit., p. 499

constitutiva (restitución de las prestaciones), si bien procesalmente no hay mayor problema para el ejercicio conjunto de ambas<sup>119</sup>. Están legitimados para interponer la acción los obligados principal o subsidiariamente, sin que puedan hacerlo, *ex artículo 1302 CC*, las personas capaces que pretendan alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron, ni los que causaron la intimidación o violencia, emplearon el dolo o produjeron el error en la contraparte, durante el plazo de cuatro años conforme al artículo 1301 CC, transcurrido el cual sin ejercitar la acción provoca la sanación del negocio con efectos retroactivos o *ex tunc*.

Los efectos directos de la anulación del contrato son, precisamente, la obligación de las partes de restituir las prestaciones a la otra, operando normalmente con efectos retroactivos<sup>120</sup>, esto es, *ex tunc*, por lo que se devolverán las prestaciones derivadas del contrato con sus frutos (artículo 1303 CC), y en caso de imposibilidad, su equivalente pecuniario (artículo 1307 CC).

En contraposición a lo que ocurre en la nulidad absoluta, en el caso de la anulabilidad cabe la confirmación del acto o negocio *ex artículo 1309 CC*, como ya se ha apuntado, siempre y cuando, siguiendo a DE CASTRO Y BRAVO<sup>121</sup>, el mismo adolezca de un vicio sanable, la causa de nulidad haya cesado, ésta sea conocida por el que confirma y, por último, el sujeto tenga capacidad suficiente para celebrar el negocio que confirma, pudiendo ser expresa o tácita, al no exigir el artículo 1311 CC forma documental, sino simplemente que se aprecie voluntad de renuncia a la acción de anulación, como explica DÍEZ-PICAZO<sup>122</sup>.

#### c) Breve referencia a la rescisión

No puede concluirse el presente apartado sin hacer referencia a la regulación civilista de una categoría adicional relacionada con la validez del acto o negocio: la rescisión. Como explica DE CASTRO Y BRAVO<sup>123</sup>, en las zonas de Francia en que no regía el Derecho Romano, como se expuso en el apartado anterior, las causas de nulidad únicamente podían hacerse valer procesalmente ante los Tribunales si estaban reconocidas por una

---

<sup>119</sup> En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, *op. cit.*, p. 505

<sup>120</sup> En este sentido, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 320

<sup>121</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, *op. cit.*, pp. 512-513

<sup>122</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 322

<sup>123</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, *op. cit.*, p. 517



costumbre u ordenanza real; en caso contrario se requería para alegarlas una autorización de la Cancillería de los Parlamentos, denominada *lettres de rescision*, si bien nada de esto permitía contraponer la anulabilidad a la rescisión, pues incluso supuestos de violencia, dolo o error requerían de dicha autorización.

Como explica DÍEZ-PICAZO<sup>124</sup>, se acostumbró a llamar *action en nullité* a aquella que se ejercitaba fundándose en las ordenanzas y costumbres directamente ante los Tribunales, y la *action en rescission* a la acción fundada en Derecho Romano que requería la previa autorización y, por supuesto, el pago de las tasas. Pero, como puede observarse, se trataba simplemente de una distinción procesal, cuya única diferencia era el plazo de prescripción, que en el primer caso era de 30 años y en el segundo de 10 años.

El Código Civil español, siguiendo la estela del Proyecto de 1851, incorpora la rescisión sistemáticamente antes de regular la nulidad (Capítulo V del Título II del Libro IV), concretamente en los artículos 1200 a 1299 CC, restándole gravedad a los vicios de los actos o negocios que adolecen de tales imperfecciones. Así, se reserva esta categoría a los negocios o actos que, a pesar de ser válidos *a priori*, originan una consecuencia injusta como consecuencia del normal devenir jurídico, evitando así causar perjuicios a determinadas personas y, por ello, la acción de rescisión es subsidiaria y únicamente se reconocerá en aquellos casos en que no haya otra vía posible para accionar (artículo 1294 CC).

El artículo 1291 CC, por su parte, reconoce como actos o negocios rescindibles supuestos tales como los que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos (apartado 1), los celebrados en representación de los ausentes si se dan los mismos requisitos anteriormente reseñados (apartado 2), los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba (apartado 3), los que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente (apartado 4), incluyéndose genéricamente también cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley

---

<sup>124</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 325

(apartado 5), así como los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos (artículo 1292 CC).

Por último, referir someramente la existencia de una variante de la rescisión que procede en supuestos de lesión, cuyo origen se encuentra también en Derecho Romano. Según DÍEZ-PICAZO<sup>125</sup>, data de las compilaciones justinianeas, concretamente en un rescripto del año 285 d.C. atribuido a los emperadores Diocleciano y Maximiano, cuya aplicación procedía en aquellos casos en que se había enajenado un predio por un valor inferior a la mitad de lo que realmente tendría derecho a percibir, caso en que la autoridad judicial podía decidir la recuperación de la cosa vendida por el vendedor, a no ser que el comprador pagase lo restante hasta el precio justo. En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce este tipo de rescisión en el artículo 1293 CC, si bien con finalidad distinta a la originaria, la cual se podía encontrar aún en algunas legislaciones forales, como en el artículo 321 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, hasta que fue derogado, habiendo desaparecido de la regulación en el actualmente vigente del artículo 621-47 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

Al igual que en el caso de la anulabilidad, la acción de rescisión caduca a los cuatro años (artículo 1299 CC), y los efectos derivados de la acción serán *ex tunc*, obligando a las partes a la restitución de las prestaciones en caso de apreciarse.

Autores como DE CASTRO Y BRAVO<sup>126</sup> hacen referencia a otras posibilidades o tipos de invalidez propuestos o discutidos por la doctrina y en otros ordenamientos jurídicos europeos, tales como la ineficacia relativa en el alemán, a la que se refieren autores como KORMANN<sup>127</sup> o ANDERSEN<sup>128</sup>, si bien se trata, en definitiva, de disquisiciones terminológicas que no hacen sino complicar la ya de por sí confusa regulación de la teoría de la invalidez.

---

<sup>125</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho...*, op. cit., p. 327

<sup>126</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, op. cit., pp. 529 y ss.

<sup>127</sup> KORMANN, K.: *System der rechtsgeschäftlichen...*, op. cit., p. 208

<sup>128</sup> ANDERSEN, P.: *Ungültige Verwaltungsakte mit...*, op. cit., p. 54

Dado lo impreciso de la regulación de determinados aspectos de ambas categorías de nulidad, como la generalidad de la redacción del artículo 6.3 CC, que impone la sanción de la nulidad de pleno Derecho a todo acto contrario a una norma imperativa o prohibitiva, DELGADO ECHEVARRÍA<sup>129</sup> propone la interpretación flexible del grado de invalidez aplicable en tales casos de forma proporcionada al supuesto de que se trate, así por ejemplo no aplicar la máxima sanción a un acto no conforme con la ley, sino examinar casuísticamente cada supuesto para determinar si merece la calificación de nulo o anulable en función de la índole y finalidad del precepto legal infringido. El autor se posiciona en consonancia con la opinión de DE CASTRO Y BRAVO<sup>130</sup>, para quien resulta fundamental, para distinguir los supuestos de nulidad y anulabilidad, el criterio del mecanismo para hacer valer la ineficacia, mientras que otros como ESPÍN CÁNOVAS<sup>131</sup> dan preferencia al criterio del interés (individual o general) protegido. Como se tendrá ocasión de examinar, también deberán tenerse en cuenta estas apreciaciones y criterios de flexibilidad al tratar las consecuencias a que debe dar lugar la apreciación de vicios de invalidez en los actos administrativos, así como los defectos en los documentos administrativos, relacionados con el soporte electrónico.

#### **4. El origen del caos: la histórica traslación de la teoría iusprivatista de la invalidez de los actos y negocios jurídicos al Derecho Administrativo**

En el seno del Derecho Administrativo, la teoría de la invalidez de los actos surgió, evidentemente, con posterioridad a la elaboración de la teoría general del acto administrativo. Éste a su vez surgió históricamente, como apunta SANTAMARÍA PASTOR<sup>132</sup>, como un concepto funcional del proceso contencioso francés para limitar la competencia de los Tribunales ordinarios, denominándose así inicialmente todos los asuntos que conformaban dicha materia contenciosa, ya que fue con la Revolución francesa cuando se sustrajo del conocimiento del poder judicial (debido también a cierta

---

<sup>129</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades de...*, op. cit., pp. 25-26, con cita de jurisprudencia en el sentido de su parecer.

<sup>130</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, op. cit., pp. 468 y 475 y ss.

<sup>131</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D.: "La nulidad en el Derecho Civil", en *Homenaje a S. Royo-Villanova*, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1977, p. 238, cit. por DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades de...*, op. cit., p. 31

<sup>132</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 223

desconfianza respecto a éste), al triunfar la tesis de THOURET que proponía la creación de una jurisdicción especializada de naturaleza administrativa frente a la de BERGASSE, que proponía atribuir su conocimiento a los Tribunales ordinarios (aunque dicho sistema no tuviese demasiada vigencia en la práctica, al derogarse prontamente).

No fue sino hasta 1799 cuando se estableció la jurisdicción contencioso-administrativa (poder judicial) diferenciada de la Administración (poder ejecutivo) para conocer los asuntos relativos a la actividad de los poderes públicos, aspecto que en las Constituciones más actuales es un principio fundamental, sin perjuicio de que influyesen así mismo en el origen del acto administrativo como concepto jurídico, como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>133</sup>, dos aspectos adicionales: la intervención judicial en la función de hacer ejecutar las leyes, y la potenciación del control de la Administración sobre las jerárquicamente inferiores, control este último operado gracias a la aparición del recurso ante el Consejo de Estado, siendo precisamente el acto administrativo el que delimitaba el ámbito objetivo del mismo. No en vano, en épocas más recientes, WERNER<sup>134</sup> definió al Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concreto o concretizado (*Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*), al encontrarse condicionado por la Constitución que en cada lugar y momento histórico rige.

El impulso definitivo, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR<sup>135</sup>, lo trajo consigo la creación del recurso por exceso de poder, si bien el impulso de la construcción dogmática del acto administrativo tuvo que esperar a la intervención de la doctrina alemana, con autores como LOENING<sup>136</sup> u OTTO MAYER<sup>137</sup> y francesa, como HARIOU<sup>138</sup>.

En primer lugar, LOENING conceptualizó el acto administrativo como declaración de voluntad para el establecimiento de relaciones jurídicas concretas, iniciándose así la asunción de la doctrina civilista por parte del Derecho Administrativo. El hecho de que los orígenes del Derecho Administrativo se nutran de la dogmática pandectista del

---

<sup>133</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa del Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1956, pp. 136 y ss., cit. por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 230

<sup>134</sup> WERNER, F.: "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *DVBl*, 1959, p. 527

<sup>135</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 235 y ss.

<sup>136</sup> LOENING, E.: *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1884, p. 226, cit. por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 235

<sup>137</sup> MAYER, O.: *Derecho Administrativo alemán*, Vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 126-127

<sup>138</sup> HARIOU, M.: *Précis de droit administratif, et de droit public*, Ed. Sirey, 9ª ed., Paris, 1919, p. 11, cit. por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 236

Derecho Privado, aplicando la doctrina del negocio jurídico al acto administrativo, trajo consigo una gran problemática práctica, al pretender aplicar una dogmática específicamente elaborada para su aplicación en el ordenamiento jurídico-privado, al jurídico-público.

Por su parte, MAYER introdujo una precisión al respecto, consistente en que el acto administrativo era una manifestación del *imperium* estatal emanada de un poder público, instaurándose así como uno de los principales estandartes del Derecho Administrativo. No obstante, en la legislación alemana, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se incluyó el concepto en la legislación jurídico-administrativa, como ilustra BULLING<sup>139</sup>, para quien el legislador siguió la estela de FORSTHOFF y, como consecuencia de ello, se estableció el concepto de acto administrativo basado en que debía referirse a una acción soberana (curiosamente, este autor no reconocía que la actividad fiscal pudiese justificar o sustentar un acto administrativo, lo cual hoy día resulta evidente), individualizada (las normas generales no constituyen actos administrativos), unilaterales, con medidas adoptadas por una Administración Pública *stricto sensu* y con un contenido lo suficientemente relevante.

Por su parte, HARIOU aunó ambas y estableció la definición de acto administrativo que posteriormente sería admitida generalizadamente en la doctrina francesa: toda declaración de voluntad orientada a producir efectos jurídicos emitido por una autoridad administrativa de naturaleza ejecutiva, gracias a cuya recepción la doctrina europea (italiana en su mayoría) se comenzó a elaborar toda una doctrina sobre el acto administrativo, etapa de la que surgió la definición de acto administrativo más aceptada generalmente por la doctrina española, la acuñada por ZANOBINI, a la que me referiré en el siguiente Capítulo.

Así, el origen jurídico-privado de la teoría del acto administrativo dio lugar a que los primeros planteamientos doctrinales acerca de la validez de los actos administrativos comenzasen a surgir, con la problemática añadida de que el ámbito público es totalmente distinto del privado y además se importaron todos los problemas de que la propia teoría de la invalidez del negocio jurídico ya adolecía en el ámbito civil, como tuvo

---

<sup>139</sup> BULLING, H.U.: *Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten zusammenwirkender Behörden*, Stehle, Düsseldorf, 1963, pp. 35 y ss.

ocasión de afirmar en la doctrina italiana GIANNINI<sup>140</sup>, en tanto en cuanto un sistema de invalidez creado para su aplicación a un ámbito en el que prima la autonomía de la voluntad no puede implantarse sin inconvenientes a otro como el del Derecho Administrativo, donde prima la *auctoritas* del aparato del Estado (como garante del interés público) frente a la libertad de los ciudadanos, dicho esto con las limitaciones propias de todo Estado de Derecho, aspecto que ha sido recordado en la doctrina española por GARRIDO FALLA<sup>141</sup>, entre otros.

Por su parte, LABAND<sup>142</sup> trató por primera vez la teoría de la invalidez de los actos administrativos (la doctrina alemana citada anteriormente ya hizo en el siglo XIX alguna referencia puntual a dicha problemática, aunque sin profundizar excesivamente en la cuestión), apareciendo en nuestro Derecho Administrativo español por primera vez sistematizado gracias a la obra de GARRIDO FALLA<sup>143</sup> cuyo criterio, como se verá en el siguiente Capítulo, fue muy observado por el legislador español al regular en la Ley, con posterioridad a la aportación doctrinal apuntada, la institución de la invalidez.

Desde las primeras construcciones doctrinales, escasos progresos se han producido, como acertadamente apuntaba en su día SANTAMARÍA PASTOR<sup>144</sup>, pero cuyas afirmaciones mantienen su vigencia en la actualidad, y la cuestión se complica por la fuerza de que disponen los actos administrativos (presunción de validez, ejecutividad y ejecutoriedad, entre otros), la irrelevancia de determinadas irregularidades formales, las técnicas de conservación de los actos, así como la preferencia por los grados de invalidez que menos consecuencias gravosas conlleven para los actos, todas ellas medidas encaminadas a evitar anomalías en el funcionamiento de las Administraciones Públicas y permitir, así, una mayor eficiencia en la actividad administrativa. Debe tenerse en cuenta que se trata realmente de manifestaciones del principio de seguridad jurídica, lo cual fue puesto ya de manifiesto por autores de la

---

<sup>140</sup> GIANNINI, M.S.: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Ed. Giuffrè, 1950, pp. 383 y ss.

<sup>141</sup> GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Tecnos, 14ª ed., 2005, p. 589

<sup>142</sup> LABAND, P.: *Das Staatsrechts des Deutschen Reiches*, Laupp Verlag, 4ª ed., Vol. II, Tübingen und Leipzig, 1901, p. 175, cit. por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 237

<sup>143</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 195 y ss.

<sup>144</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 245

doctrina alemana como JELLINEK<sup>145</sup>, al equiparar el acto administrativo con la sentencia judicial, como más recientemente ha destacado SACHS<sup>146</sup>, quien además cita abundante jurisprudencia en este sentido.

En el ámbito de la validez de los actos en Derecho Administrativo, GARRIDO FALLA<sup>147</sup> apunta que el primer problema que se encuentra es la aplicabilidad del artículo 6.3 CC a los actos administrativos, lo cual conllevaría la calificación de nulidad absoluta para todos los actos administrativos (pues un vicio supone siempre la contravención de alguna prescripción legal, a juicio del autor, aunque este aspecto sería discutible por la peculiar previsión de la nulidad por contravención de disposiciones reglamentarias, como se verá, a tenor de lo dispuesto en la LPAC), lo cual es negado generalizadamente por razones obvias, que conducirían a la eliminación de casi la totalidad de los actos por la mera contravención de una previsión legal.

Adicionalmente, el citado autor plantea la problemática de la bipartición o tripartición ya existente en Derecho Privado acerca del reconocimiento de la nulidad absoluta y la anulabilidad, y adicionalmente la inexistencia, respectivamente, respecto a lo cual reconoce que no es pacífico en la doctrina, existiendo en este sentido dos corrientes, una primera que se decanta por la admisión de la inexistencia como categoría adicional a la nulidad absoluta y la anulabilidad, y una segunda, que resulta ser la mayoritaria, que se opone a su reconocimiento.

Así, de acuerdo con esta doctrina, si un acto jurídico infringe el ordenamiento jurídico incurre en invalidez y, según la gravedad de dicha infracción, se calificará como nulidad (máxima gravedad) o anulabilidad (menor gravedad que la anterior). Respecto a la inexistencia, BELADÍEZ ROJO<sup>148</sup> entiende que esta última no tiene fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico (quien además pone en entredicho el sentido y funcionalidad de la nulidad y la anulabilidad, explicando para ello que su construcción teórica se ha basado en antiguos dogmas residenciados en Derecho Romano que no

---

<sup>145</sup> JELLINEK, W.: *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Verlag von J.C.B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 1908, p. 51

<sup>146</sup> SACHS, M.: “§ 43 Wirksamkeit des Verwaltungsaktes”, en STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 9. Auflage, Nördlingen, 2018, p. 1615

<sup>147</sup> GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., pp. 587 y ss.

<sup>148</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: “La nulidad y la anulabilidad: su alcance y significación”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, p. 155.

tienen ya sentido), si bien otros como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>149</sup> incluso enumeran algunos supuestos en que tendría cierta virtualidad práctica. Como se verá a lo largo del presente trabajo, también la tesis de la inexistencia merece especial valoración en algunos aspectos relativos al soporte electrónico de generación de actos y documentos administrativos, por lo que el conocimiento de sus orígenes resulta crucial.

Este aspecto, como señala SANTAMARÍA PASTOR<sup>150</sup>, es fundamental en la construcción histórica de la teoría de la invalidez de los actos administrativos, y hoy día continúa siéndolo<sup>151</sup>, ya que únicamente podrá discutirse acerca de la problemática de la validez o eficacia del acto si puede afirmarse que el mismo existe; a mayor abundamiento, aunque en la actualidad la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) ha ampliado notoriamente su ámbito de conocimiento a estas cuestiones, en un claro envite al carácter revisor de la misma, introduciendo acciones que no se sustentan en la existencia de actos previos, en sus inicios, de haberse aceptado la tesis de la posible admisión de la inexistencia como categoría jurídica, la consecuencia directa de calificar un acto como inexistente hubiese sido la expulsión del mismo del ámbito objetivo de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, despojándola por tanto del privilegio de la jurisdicción especial y relegando su conocimiento a la jurisdicción ordinaria, e incluso apareciendo la posibilidad de resistencia a su contenido por parte del administrado.

---

<sup>149</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters Civitas, 16ª ed., 2013, p. 661.

<sup>150</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 255. El autor contrapone el caso español con el bien distinto italiano, explicando que en dicho ordenamiento jurídico la jurisdicción contencioso-administrativa está repartida entre la ordinaria (*Corte di Cassazione*) y la del Consejo de Estado (*Consiglio di Stato*). En esta última, expone el autor, tradicionalmente se afirmaba que los actos inválidos desplegaban efectos hasta su expulsión judicial del ordenamiento jurídico, afirmación cuya consecuencia directa era que los jueces ordinarios no podían conocer de tales asuntos y, por ende, no podían salvaguardar los derechos de los destinatarios de los mismos. Para salvar dicha problemática, la *Corte di Cassazione* ideó la *carezza di potere* para conservar la competencia de aquéllos en casos de vicios flagrantes o muy graves que, como explica GIANNINI, se produciría cuando la Administración dicta un acto excediendo su esfera de funciones, caso en que se reputa como inexistente y permite a la jurisdicción ordinaria salvaguardar los derechos de los particulares. Distinta es la figura italiana de la *incompetenza*, que se verificaría cuando, actuando la Administración en ejercicio de sus funciones, excede de su competencia. Esta distinción no resulta admisible a juicio de SANTAMARÍA PASTOR, dada la relativa distinción entre función y competencia, entre *carezza di potere* e *incompetenza*. Al respecto, puede consultarse ROMANO, S.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Ed. CEDAM-Padova, 1930, pp. 218 y ss.

<sup>151</sup> No se trata únicamente de un problema del ordenamiento jurídico español, sino que incide en general en los diversos ordenamientos jurídicos de la Europa continental, como tuvo ocasión de apuntar CARANTA, R.: *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milano, 1990, pp. 28 y ss.



En la génesis de la teoría de la invalidez de los actos administrativos ha habido posturas encontradas en la doctrina, unas como la de MERKL<sup>152</sup>, siguiendo a Kelsen, para el que todos los defectos jurídicos que vician un acto deben considerarse esencialmente iguales, adoptando por tanto una única categoría posible de invalidez; y otros como VILLAR PALASÍ<sup>153</sup>, que ponen en cuestión la posibilidad de reconocer dicha nulidad absoluta en Derecho Administrativo sobre la base de diversos criterios como el interés público, la conservación siempre pretendida del acto o la ejecutividad y ejecutoriedad del mismo; y, finalmente, la tendencia más generalizada<sup>154</sup>, que distinguen la nulidad absoluta de la anulabilidad.

Esta dualidad tiene, a juicio de SANTAMARÍA PASTOR<sup>155</sup>, raíces procesales que la hacen encajar a la perfección en el ordenamiento jurídico-administrativo, ya que gracias a la técnica de la nulidad se consigue que, en el proceso contencioso-administrativo, a pesar de haberse incumplido alguna formalidad jurídico-procesal por la parte recurrente (que provocaría la imposibilidad del órgano judicial de resolver sobre el fondo del asunto), se pueda salvar el error y el Juez o Tribunal conocer sobre el mismo sobre la base de que la violación del orden público es grave, por lo que grave es así mismo la vulneración del ordenamiento jurídico, y da lugar por ello a la calificación del vicio como determinante de la nulidad absoluta del acto.

Partiendo de la dualidad generalmente admitida de la nulidad absoluta y relativa (anulabilidad) como categorías de la invalidez, procede examinar los criterios que históricamente han dado lugar a la calificación de un vicio como nulo o anulable, puesto que este examen facilitará, posteriormente, la propuesta de graduación de los vicios que se efectuará en Capítulos posteriores, a tenor de los nuevos supuestos de invalidez que las especialidades del soporte electrónico pueden provocar en actos (y documentos)

---

<sup>152</sup> MERKL, A.: *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 250.

<sup>153</sup> VILLAR PALASÍ, J.L.: "La doctrina del acto confirmatorio", *Revista de Administración Pública*, nº 8, 1952, p. 52

<sup>154</sup> En este sentido, entre otros (cuya cita completa sería extensa en exceso), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La nulidad de los actos administrativos*, Colección Monografías Jurídicas, nº 11, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1979, p. 18; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 660; BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. Thomson Civitas, 3ª ed., 2006, p. 175; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: "El acto administrativo", en BARRERO RODRÍGUEZ, C. (Coord.), ESCRIBANO COLLADO, P. y LÓPEZ MENUDO, F.: *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*", Vol. I, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2016, p. 181; GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, 14ª ed., Madrid, 2017, pp. 537 y ss.

<sup>155</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 269

administrativos electrónicos. Estos criterios, según SANTAMARÍA PASTOR<sup>156</sup>, han sido históricamente dos: la ostensibilidad del vicio (ALCINDOR) y la esencialidad o no del elemento afectado por el vicio (ZANOBINI).

Así, mientras que la tesis de ALCINDOR se centra en lo manifiesto del vicio (relacionada en parte con la posterior aportación relativa a la ilegalidad manifiesta de CLAVERO ARÉVALO a la que se hacía referencia al inicio del presente Capítulo), para ZANOBINI<sup>157</sup> la distinción se basa en la mencionada esencialidad, esto es, el acto nulo es aquél en el que falta un elemento esencial como el sujeto, su voluntad, al contenido o la declaración, caso en el que, aunque haya apariencia de acto no debe darse por existente ni debe desplegar efectos jurídicos; por el contrario, la que denomina invalidez (anulabilidad) supone la existencia del acto por concurrir todos sus elementos esenciales y el vicio puede consistir en la ausencia de un elemento no esencial del acto o una leve irregularidad que afecta a cualquier elemento, esencial o no, lo cual plantea a su vez el problema de determinar qué vicio es relevante y cuál no a efectos de su calificación. Y por ello autores como KORMANN<sup>158</sup> identifican el acto nulo como aquél privado de eficacia desde el inicio y privado de posibilidad sanatoria alguna.

A esta problemática responde la ya apuntada anteriormente doctrina del orden público, aplicada inicialmente por la doctrina francesa y desarrollada extensamente en la doctrina española por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>159</sup>, para quien la misma se erige en criterio delimitador entre la nulidad y la anulabilidad. A esta teoría pretendía responder la regulación de la nulidad y la anulabilidad en el ordenamiento jurídico español, desde los artículos 47 y 48 de la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo (LPA), trasladado casi miméticamente a la posterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), con las precisiones incorporadas en sus artículos 62 y 63 por la Ley 4/1999, si bien la misma comprende supuestos cuyo vicio de orden público es discutible y, además, la exhaustividad inherente al “sistema de lista” que rige en nuestro ordenamiento jurídico va en contra de su naturaleza, puesto que la

---

<sup>156</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 270

<sup>157</sup> ZANOBINI, G.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 302 y ss.

<sup>158</sup> KORMANN, K.: *System der rechtsgeschäftlichen...*, op. cit., p. 207

<sup>159</sup> La obra que tradicionalmente trató en profundidad la cuestión es FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La doctrina de...*, op. cit.

conculcación del orden público puede aparecer en más supuestos de los expresamente señalados en tales preceptos y ser, por ende, determinantes de nulidad absoluta.

Lo más llamativo es que, a pesar de las críticas realizadas por la doctrina a la regulación anteriormente vigente de la validez de los actos administrativos, se haya vuelto a recoger de forma prácticamente idéntica en la actualmente vigente LPAC, concretamente en sus artículos 47 y 48, curiosamente también numeralmente coincidentes con la primera legislación procedimental, si bien esta cuestión será expresamente tratada en el siguiente Capítulo del presente trabajo.

Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>160</sup>, en el ámbito procesal contencioso-administrativo el criterio del orden público permite que el Juez, de su posición esencialmente neutral (que se manifiesta, entre otros, en el principio procesal de justicia rogada), pase a una posición activa, pudiendo apreciar los vicios que conculcan dicho orden público, hayan sido o no alegados por las partes, así como el otorgamiento de preferencia sobre el resto al conocimiento sobre las cuestiones que afectan a dicho orden público, incluso las de admisibilidad.

Y es que el acto administrativo, en su génesis como institución, como ya se apuntó anteriormente, no fue concebido como ente autónomo, sino que su configuración responde a la necesidad de establecer un presupuesto para que determinadas actuaciones públicas fuesen susceptibles de control jurisdiccional, si bien posteriormente pasó a constituir el objeto central del proceso contencioso, lo cual se llevó a efecto en la Ley de 13 de septiembre de 1888, denominada “Santamaría de Paredes”, a juicio de SANTAMARÍA PASTOR<sup>161</sup>, para quien dicha Ley constituía el nexo de unión entre la misma y la LPA de mediados del siglo XX, concretamente con el recurso de nulidad. Así, el precitado autor alude a este recurso como proveniente del orden procesal civil, recogido ya en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (cuyo objeto eran sentencias viciadas de defectos formales) y que fue adoptado por la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 1889 como recurso administrativo de nulidad la cual, como Ley de Bases que era ordenaba, a su vez, a cada Ministerio la redacción de su propio Reglamento de procedimiento administrativo específico para el ámbito de sus

---

<sup>160</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La doctrina de...*, op. cit., p. 29

<sup>161</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 282

respectivas competencias los cuales, dada la ambigüedad de la redacción de la Ley de Bases, regularon de diversa forma los recursos<sup>162</sup>.

La LPA vino a simplificar el recurso de nulidad, escindiéndolo en el recurso de revisión, de un lado, y la nulidad como categoría, de otro, en la que, por su parte, tenían cabida todas las infracciones formales tales como la incompetencia o la ausencia de trámites procedimentales fundamentales, que no podían ser reconducidos al recurso de revisión. Es precisamente este momento en el que, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR<sup>163</sup>, nace la nulidad de pleno Derecho como categoría jurídica perteneciente a la teoría general de los actos administrativos, perdiendo toda su naturaleza procesal y quedando estéril, en tanto en cuanto su utilidad había sido reducida a una mera exhibición legislativa, ya que la LPA no recogía regulación alguna acerca de los efectos que producía dicha calificación y pivotando, en definitiva, en torno a la incidencia de los vicios sobre el orden público, bien jurídico a proteger.

Así aparecen la nulidad y anulabilidad por primera vez recogidas en los artículos 47 y 48 de la LPA, respectivamente. En relación con la nulidad absoluta, el artículo 47.1 recogía originalmente una lista tasada, no obstante lo cual SANTAMARÍA PASTOR<sup>164</sup> examinó la cuestión de la exhaustividad de la lista, concluyendo que constituía una falsa afirmación, entre otras razones por *mor* de la jurisprudencia creadora de nuevos supuestos, así como por la existencia de normas sectoriales que recogían nuevos supuestos, incluyendo como causas o motivos de nulidad de los actos de la Administración los siguientes<sup>165</sup>:

- i) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente.
- ii) Aquellos cuyo contenido sea imposible.
- iii) Aquellos con contenido constitutivo de delito.
- iv) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello.

---

<sup>162</sup> Para un interesante estudio de las diversas formas que adoptaron los recursos administrativos de nulidad, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, pp. 286-291

<sup>163</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, p. 292

<sup>164</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, p. 302

<sup>165</sup> Adviértase que no se corresponden con los apartados concretos del precepto, sino con los motivos o causas de nulidad realmente comprendidos en los mismos.

- v) Los dictados inobservando totalmente las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Por su parte, la anulabilidad del artículo 48 LPA se establecía como regla general, señalando que serían anulables los actos de la Administración que incurriesen en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y precisando el apartado 2 que el defecto de forma únicamente determinaría la anulabilidad cuando el acto careciese de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o diese lugar a la indefensión de los interesados.

Esta regulación, si bien con ciertas adiciones como se verá a continuación, se ha mantenido prácticamente inalterable en el ordenamiento jurídico-administrativo, por lo que la innovación en materia de invalidez ha sido prácticamente inexistente. Así, la aprobación posterior de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vino a contemplar como causas de nulidad de pleno Derecho en su artículo 62.1 las siguientes:

- i) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- ii) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- iii) Los que tengan un contenido imposible.
- iv) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- v) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido.
- vi) Los dictados en ausencia absoluta de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- vii) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- viii) Cualquiera otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

Como puede apreciarse, la Ley de 1992 incluyó nuevos motivos de nulidad respecto a la regulación de 1958, si bien debe tenerse en cuenta que el relativo a los actos que

lesionaban el contenido esencial<sup>166</sup> de los derechos fundamentales<sup>167</sup>, la Ley 4/1999, de 13 de enero, vino a eliminar dicha precisión, por lo que, desde la entrada en vigor de esta última, pasaron a ser nulos de pleno Derecho cualesquiera actos de las Administraciones Públicas “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, contemplando por tanto cualquier lesión al derecho fundamental, sin que fuese necesario a partir de entonces la exigencia de que afectase a su contenido esencial.

La reciente LPAC, que ha venido a sustituir a la LRJPAC, regula de forma idéntica las causas de nulidad de pleno Derecho y anulabilidad, como se verá, por lo que se confirma que la innovación en este sentido vuelve a ser inexistente.

---

<sup>166</sup> El contenido esencial de un derecho fundamental ha sido precisado por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos citándose, por todas, la sentencia 17/2013, de 31 de enero (RTC 2013\17), en la que afirmó que es “aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de los intereses para cuya consecución el derecho se otorga”.

<sup>167</sup> Como es bien sabido, estos derechos son los comprendidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución Española (CE, en adelante), adquiriendo especial importancia el 24 CE, por tratarse del derecho a la tutela judicial efectiva, en especial, su vertiente de no causarse indefensión a los ciudadanos, de aplicación al procedimiento administrativo.

## CAPÍTULO II: LA RECEPCIÓN DEL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO: REGULACIÓN ACTUAL

### 1. Planteamiento general

Como se ha podido apreciar en el Capítulo precedente, la teoría de la invalidez ha sido y continúa siendo uno de los pilares básicos de la dogmática jurídica, tanto desde el plano de la Teoría General del Derecho como en las específicas regulaciones civilista y administrativista, dadas las consecuencias que trae consigo cuando afecta a cualquier acto o negocio jurídico y su necesaria existencia como garantía de los principios de seguridad jurídica y legalidad, los cuales no en pocas ocasiones colisionan con el de buena fe de las partes, en la esfera *iusprivatista*, al que debe adicionarse el de confianza legítima, en la *iuspublicista*, que gira en torno a las Administraciones Públicas y las relaciones de éstas entre sí y con los ciudadanos.

Recordemos que la doctrina administrativista se divide entre quienes defienden, de un lado, tres categorías jurídicas en la teoría general de la invalidez de los actos administrativos: nulidad absoluta o de pleno Derecho, nulidad relativa o anulabilidad, e inexistencia; y, de otro, quienes niegan esta última categoría y únicamente reconocen las dos primeras.

Así, debe partirse de que, si un acto administrativo infringe el ordenamiento jurídico incurre en invalidez y, según la gravedad de dicha infracción, se calificará como nulidad (máxima gravedad) o anulabilidad (menor gravedad que la anterior). Respecto a la inexistencia, BELADÍEZ ROJO<sup>168</sup> entiende que esta última no tiene fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico, si bien otros como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>169</sup> incluso enumeran algunos supuestos en que tendría sentido dicha categoría. Bajo mi punto de vista, no es necesario reconocer la inexistencia como categoría jurídica independiente diferenciada de la nulidad de pleno Derecho, puesto que en unos casos se tratará de una situación tan burda que para su solución no se requiera de una categoría jurídica como la inexistencia de los actos (piénsese en un acto dictado por una persona física privada, por ejemplo) y, en todo caso, de adolecer el acto

---

<sup>168</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: "La nulidad y...", *op. cit.*, p. 155

<sup>169</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 661

de algún requisito muy grave, esencial en la propia génesis del acto, ya no sería inexistente, pues el mismo existiría, y la solución pasaría por reconocer su nulidad absoluta, que entiendo es un resultado más coherente y simplificado que crear una tercera categoría distinta de la invalidez, por más que pueda existir algún supuesto excepcional, nada habitual, en el que podría tener cierta virtualidad práctica, pero que igualmente podría encontrar su solución jurídica con base en la nulidad de pleno Derecho conforme a lo expuesto. Y, en definitiva, si se cuestiona la invalidez o inexistencia de un acto administrativo, lo cierto es que implícitamente ya se está reconociendo la propia existencia de este, por lo que esta distinción no tiene una virtualidad práctica tal que exija un reconocimiento y una regulación autónomos<sup>170</sup>. No obstante, algún autor de la doctrina italiana también apunta que la máxima de *quod nullum est nullum effectum producit* conduce inevitablemente al reconocimiento de la inexistencia como categoría jurídica, y en este sentido se pronuncia D'ORSOGNA<sup>171</sup>.

BELADÍEZ ROJO llega incluso más allá y cuestiona el sentido y funcionalidad de las propias categorías de la nulidad y la anulabilidad, explicando para ello que su construcción teórica se ha basado en antiguos dogmas que no tienen ya sentido, concretamente residenciados en Derecho Romano<sup>172</sup>, en el que la concepción de la invalidez es distinta por lo que, al haberse interpretado erróneamente por la doctrina los textos histórico-romanos, se ha ido consolidando una teoría general de la invalidez alejada de su sentido originario, como ya se tuvo ocasión de examinar en el Capítulo anterior.

Merece recordar en este punto lo que, en cuanto a la regulación de la invalidez en Derecho Civil y en Derecho Administrativo<sup>173</sup>, se trató en el Capítulo precedente, y en

---

<sup>170</sup> En este sentido, en la doctrina italiana CAMMEO, F.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Ed. Cedam, Padova, 1960, p. 596. Un tratamiento en profundidad de la inexistencia como categoría jurídica en la doctrina italiana puede encontrarse en CARANTA, R.: *L'inesistenza dell'atto...*, *op. cit.*, donde se examinan también los planteamientos jurisprudenciales que basan la tesis de la inexistencia del acto en la *carezza di potere*. Para un estudio de la particular figura del ordenamiento jurídico-administrativo italiano de *eccesso di potere*, que implicaría una vulneración del principio constitucional de división de poderes (defendida originalmente por MONTESQUIEU en su célebre obra *Défense de L'esprit des Loix*, cuya primera edición data de 1750) puede verse ROMANO, S.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Volumen I, Ed. Cedam, Padova, 1930, p. 219

<sup>171</sup> D'ORSOGNA, M.: *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 8

<sup>172</sup> Como exponen IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 185 y ss. y ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 189 y ss.

<sup>173</sup> Recuérdese en este punto con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que el origen de las categorías de invalidez de los actos administrativos se encuentra en Derecho Civil, como consecuencia de



este sentido BELADÍEZ ROJO<sup>174</sup> parte de la idea de que, por regla general, los actos que infringen el ordenamiento jurídico en Derecho Civil son nulos (el acto es inválido *per se*, frente a la invalidabilidad si adolece de anulabilidad); mientras que, en Derecho Administrativo, la regla general es la anulabilidad del acto, siendo la nulidad absoluta la excepción y con supuestos legalmente tasados.

La autora se cuestiona si, dadas las escasas diferencias entre ambas categorías de invalidez, nos encontramos realmente ante un mito jurídico aceptado de forma generalizada (por la tradición histórico-jurídica), opinión respecto de la que no puedo sentirme identificado, pues en mi opinión la distinción es totalmente necesaria y tiene en la práctica un elevado interés para deslindar y discernir convenientemente unos supuestos de otros, así como las consecuencias jurídicas en función del caso ante el que nos encontremos, si bien no deja de ser una reflexión que podría llevar a una reformulación de la teoría general de la invalidez de los actos jurídicos más allá de la adaptación de la misma a la nueva realidad digital que aquí se defiende.

Como ha podido advertirse, examinar la teoría de la invalidez de los actos administrativos supone adentrarse en uno de los ámbitos jurídicos más inhóspitos del Derecho Administrativo. El enorme impacto de esta cuestión la hace acreedora de una atención doctrinal mayor de la que ha tenido hasta la fecha, especialmente en el ámbito electrónico, por lo que el camino a recorrer es complejo y al mismo tiempo muy gratificante, dadas las múltiples situaciones que se encuentran en la delgada línea que, en muchos casos, separa los supuestos de nulidad absoluta y de anulabilidad, como se tendrá ocasión de examinar a lo largo del presente trabajo.

En los siguientes apartados se examinará la regulación positiva de los distintos grados de invalidez generalmente aceptados y recogidos en la actualmente vigente LPAC, aunque su propia Exposición de Motivos ya previene escasas novedades al respecto en relación con su regulación anterior<sup>175</sup>, al disponer que “el título III de los actos

---

la construcción dogmática efectuada en su día por los jueces de lo contencioso-administrativo, que desde sus orígenes en el *Conseil d'État* francés se nutrían de la doctrina civilista para la construcción de las instituciones jurídico-administrativas, así como del hecho de que se trata de una institución jurídica común de la Teoría General del Derecho. Así lo exponen en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.* p. 660

<sup>174</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: “La nulidad y...”, *op. cit.* p. 158

<sup>175</sup> De hecho, desde la LPA de 1958 la regulación de la invalidez de los actos administrativos ha sufrido algunas adiciones al entrar en vigor la LRJPAC de 1992, y ésta a su vez alguna puntual modificación con la

administrativos se estructura en tres capítulos y se centra en la regulación de los requisitos de los actos administrativos, su eficacia y las reglas sobre nulidad y anulabilidad, manteniendo en su gran mayoría las reglas generales ya establecidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, lo cual queda constatado al efectuar una lectura de dicho Título, que es prácticamente una transcripción literal de la regulación contenida en su predecesora. Desde luego, procedía efectuar un examen de la cuestión y, dado que el fenómeno digital incide en la regulación normativa, debían haberse adaptado las causas de nulidad y anulabilidad (incluso las irregularidades no invalidantes) a esta realidad, ocasión que se ha desaprovechado con la aprobación definitiva del texto.

La doctrina<sup>176</sup>, tradicionalmente, ha venido perfilando algunos caracteres que impregnan la nulidad y la anulabilidad para distinguir ambas categorías, propugnando así que en el primer caso la ineficacia del acto es intrínseca y por ello carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de impugnación, el carácter *erga omnes* de la nulidad y la imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción, provocando que los actos posteriores resulten también viciados –teoría del fruto del árbol envenenado–, sin otra limitación que la relativa a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del acto<sup>177</sup>; en el caso de la anulabilidad, se defiende que debe ser el afectado el que impugne el acto viciado, pues sólo el afectado puede pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio queda subsanado.

Otros autores<sup>178</sup> han efectuado una delimitación muy clarificadora de los caracteres que ostenta cada categoría que se procede a sintetizar en el siguiente cuadro, para proporcionar así una visión más gráfica de la tradicional distinción:

---

Ley 4/1999, tras lo cual ha permanecido inerte y las únicas novedades han sido introducidas casuísticamente por vía jurisprudencial.

<sup>176</sup> Por todos, pues la lista podría llegar a ser interminable, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 665 y ss.; ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, 13ª ed. reimpr., Madrid, 2003, pp. 226 y ss.; ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 195; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I (Parte General), Ed. Tecnos, 13ª ed., Madrid, 2002, pp. 583 y ss.

<sup>177</sup> Consecuencia directa del principio de confianza legítima, que impide en determinados casos vulnerar la confianza que terceros hayan podido depositar en la licitud y adecuación de la actividad administrativa.

<sup>178</sup> Vid. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, op. cit., pp. 443-444

	<b>NULIDAD ABSOLUTA O DE PLENO DERECHO</b>	<b>NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD</b>
<b>PRESCRIPTIBILIDAD</b>	Imprescriptible, puede actuarse contra el acto viciado en cualquier momento	El plazo para la impugnación del acto es de cuatro años: por ende, carácter prescriptible
<b>EFFECTOS</b>	Su apreciación tiene efectos retroactivos ( <i>ex tunc</i> )	La declaración de anulabilidad tiene efectos únicamente desde el momento en que se aprecia ( <i>ex nunc</i> )
<b>PRINCIPIOS PROCESALES QUE PREVALECE</b>	Se fundamenta en un vicio de orden público, por lo que puede apreciarse de oficio por el Juez o Tribunal (rige el principio procesal <i>iura novit curia</i> )	Al tratarse de vicios con menor o nula trascendencia en el orden público, para ser apreciado por el Juez o Tribunal debe alegarse por las partes
<b>SUBSANABILIDAD</b>	Es un vicio insubsanable, por lo que no puede remediarse	Es un vicio subsanable, pudiendo convalidarse por una actuación posterior

Como puede observarse, muchas son las cuestiones que giran en torno a las categorías jurídicas de la nulidad absoluta y la anulabilidad, por lo que en los siguientes apartados se efectuará un examen de los supuestos concretos que son susceptibles de viciar un acto administrativo con mayor o menor gravedad y, por ende, darán lugar a la nulidad o la anulabilidad de este, respectivamente.

## 2. Una premisa necesaria: del concepto de acto administrativo

Es discutido el origen del concepto de acto administrativo, como apunta FORSTHOFF<sup>179</sup>, habiendo posiciones que lo hacen radicar en el Derecho Administrativo francés, otras que afirman que se trata de una germanización del concepto francés, y por último las que apuntan a su origen autónomo germano, como MAURER<sup>180</sup>, quien asigna su creación a MAYER, para el cual el acto administrativo ejerce una función similar a la sentencia judicial (*Urteil*) del Juez<sup>181</sup> y se define como “acto de autoridad que emana de la Administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto”<sup>182</sup>.

Como en su día puso de manifiesto GASCÓN Y MARÍN<sup>183</sup>, la noción de acto administrativo puede ser empleada en los diversos sentidos a que obedecen las funciones propias del Estado, radicando su origen en la traslación al Derecho Administrativo del concepto de acto jurídico propio del Derecho Civil, pudiendo aplicarse a aquellas manifestaciones de voluntad estatales para crear efectos jurídicos, centrando el concepto tanto en el elemento subjetivo del acto, comprendiendo por tanto aquellos actos de la Administración o del Estado, incluso los Reglamentos del poder ejecutivo y los simples actos realizados para efectuar un servicio por el personal al servicio de aquéllos, como en el objetivo, atendiendo a la finalidad del acto, por lo que lo será todo aquél que conduzca a la realización de un servicio público.

El citado autor<sup>184</sup> define el acto administrativo como toda manifestación de voluntad de una autoridad administrativa realizada frente al súbdito, determinadora de una situación jurídica individualizada, apuntando entre sus requisitos:

- La autoridad administrativa que dicta el acto debe ostentar capacidad o competencia para ello
- Un fin público debe determinar dicha competencia

---

<sup>179</sup> FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 279

<sup>180</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, 19. Auflage, München, 2017, p. 207

<sup>181</sup> A este aspecto se refiere RÖMER, C.: *Nichtigkeit und Nichtigkeitserklärung von Verwaltungsakten*, Dissertations Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf, 1938, pp. 2 y ss.

<sup>182</sup> MAYER, O.: *Derecho Administrativo alemán...*, op. cit., p. 126

<sup>183</sup> GASCÓN Y MARÍN, J.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Instituto Editorial Reus, 13ª ed., Madrid, 1955, p.180

<sup>184</sup> GASCÓN Y MARÍN, J.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 184

- Como consecuencia del objeto a cumplir por el mismo se crea una situación jurídica
- Ser ajustado a Derecho, esto es, al régimen jurídico de aplicación
- Reunir las formalidades requeridas

Adicionalmente, GASCÓN Y MARÍN<sup>185</sup> apunta que todo acto administrativo debe reunir, como requisitos de fondo y forma para su validez (recordando que CAETANO los denomina elementos esenciales y los califica como competencia, sujeto, forma y fin), los siguientes:

- Emanar del funcionario competente
- Ser dictado dentro de las facultades que el ordenamiento jurídico le confiere
- Para el fin que motiva dicho otorgamiento de poder a la autoridad administrativa

Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>186</sup> explican cómo el concepto surge en Francia en el seno de la separación entre la Administración y la Justicia a que ya se hizo referencia en el Capítulo anterior, al tratarse de un acto jurídico exento del poder jurisdiccional del Juez por encontrarse sometido únicamente al control posterior de la autoridad administrativa en la que radicaba el orden contencioso-administrativo originalmente, concepción que perdura en la actualidad. Así, explican que DUGUIT inició una escuela que pretendió conceptualizar abstractamente el acto jurídico como expresión de las distintas funciones del aparato del Estado, distinguiendo así entre los actos normativo, jurisdiccional, subjetivo y condición, siendo las últimas funciones del acto subjetivo y acto condición las formas típicas del acto administrativo; continúan exponiendo que otra corriente que caracterizó al acto administrativo por las notas de autotutela que contiene fueron las de MAYER, en Alemania, para quien el acto administrativo es una decisión autoritaria al estilo de la sentencia judicial que decide el caso concreto; y la de HARIOU, quien hizo lo propio desde la perspectiva de la decisión ejecutoria.

Pero ambas concepciones fueron descartadas por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ por su imprecisión, para quienes el acto administrativo es una institución más del Derecho Administrativo, no la piedra angular del mismo, por lo que entienden

---

<sup>185</sup> GASCÓN Y MARÍN, J.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 194

<sup>186</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 587

que el acto administrativo debe ostentar una definición más amplia, comprendiendo *todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo*. De esta forma tienen cabida en el concepto de acto administrativo la denominada actuación material de la Administración, los actos producidos por el administrado (en el seno de una concesión de servicios públicos, por ejemplo), y los dictados por la Administración no sometidos a Derecho Administrativo (contratos privados, de naturaleza laboral, etc.) si bien, siguiendo la definición iniciada por ZANOBINI, la completan<sup>187</sup> afirmando que un acto administrativo es, en definitiva, toda *declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*.

Por su parte, GARRIDO FALLA<sup>188</sup> ha examinado las posturas doctrinales existentes aceptando, tras valorar las de KORMANN<sup>189</sup>, ROYO-VILLANOVA y SAYAGUÉS, la tesis de ZANOBINI anteriormente expuesta, aunque con precisiones en torno a la exclusión de los reglamentos que, como actos administrativos generales, a juicio del autor deben entenderse incluidos en la clasificación de los actos, refiriéndose la exclusión únicamente al ejercicio de la potestad reglamentaria. Así mismo, GARRIDO FALLA delimita negativamente el concepto de acto administrativo excluyendo de tal concepto los actos de gobierno y los actos sometidos al régimen jurídico-privado, coincidiendo así con la opinión mayoritaria.

En la doctrina alemana, MAYER<sup>190</sup> concluyó que el Estado de Derecho se perfecciona en virtud del acto administrativo, el cual está destinado a regular las relaciones entre el Estado y el súbdito, alejándose por tanto del anterior régimen de policía germano, y para el mismo el acto administrativo es todo acto de autoridad que emana de la Administración y determina frente al súbdito lo que para él debe ser de Derecho en un caso concreto.

Esta definición fue aceptada posteriormente por la doctrina alemana pudiéndose citar, por todos, a MAURER<sup>191</sup>, quien define el acto administrativo como una declaración de

---

<sup>187</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 591

<sup>188</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Régimen de impugnación...*, op. cit., pp. 100 y ss., reproducido posteriormente en GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., pp. 549 y ss.

<sup>189</sup> Una visión del autor puede leerse en KORMANN, K.: *System der rechtsgeschäftlichen...*, op. cit., p. 26

<sup>190</sup> MAYER, O.: *Derecho administrativo alemán...*, op. cit., p.127

<sup>191</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., p. 207

autoridad perteneciente a la Administración que determina para el súbdito lo que, para cada caso concreto, exige el Derecho.

El concepto legal de acto administrativo se recoge en el artículo 35 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz -VwVfG-*), en la que se define como toda regulación de autoridad de un caso concreto por parte de un órgano administrativo con efectos en el exterior. A juicio de MAURER<sup>192</sup>, una definición más precisa reduciría el término legal de “relación de autoridad” a “relación jurídico-administrativa” y añadiría la unilateralidad de este como nota caracterizadora, para distinguirlo de otras figuras.

En la doctrina italiana, la que mayor influencia ha tenido, como ya se ha expuesto dada su influencia en la doctrina española, ha sido la conceptualización del acto administrativo de ZANOBINI<sup>193</sup> quien, aceptando parcialmente las definiciones anteriores de ROMANO y RANELLETTI, lo define como cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o de juicio de un órgano de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa.

ROMANO<sup>194</sup> ya apuntó el origen negocial jurídico-privado del acto administrativo, y lo conceptualizó estableciendo que se trata de un pronunciamiento o declaración especial de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa, siendo una de las principales notas características la finalidad de servicio o función pública del mismo, en contraposición con el interés privado perseguido por el negocio jurídico.

CAMMEO<sup>195</sup>, por su parte, distingue entre la noción sustancial y la formal de acto administrativo, definiendo éste, conforme a la primera, como aquellos actos producidos unilateralmente por la Administración originando una relación jurídica y, conforme a la segunda, como aquéllos que emanan de un órgano administrativo.

En la doctrina española se encuentran otras definiciones que no vienen sino a enriquecer el concepto de acto administrativo, como la de GARCÍA-TREVIJANO FOS<sup>196</sup>, quien definió el acto administrativo como una declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho

---

<sup>192</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., p. 209

<sup>193</sup> ZANOBINI, G.: *Corso di Diritto...*, op. cit., p. 243

<sup>194</sup> ROMANO, S.: *Corso di Diritto...*, op. cit., p. 173

<sup>195</sup> CAMMEO, F.: *Corso di Diritto...*, op. cit., p. 547

<sup>196</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: *Los actos administrativos*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 96

Público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa, definición que resulta bastante completa dada su amplitud.

Para ESCUÍN PALOP<sup>197</sup>, el acto administrativo es todo aquél dictado al amparo de normas jurídico-administrativas que crea, modifica, extingue y reconoce efectos jurídicos y de cuya fiscalización se encarga la jurisdicción contencioso-administrativa, precisando que se trata de actos jurídicos unilaterales que además pueden contener declaraciones de voluntad, de conocimiento o de juicio, según el caso.

Debe tenerse en cuenta que BOCANEGRA SIERRA<sup>198</sup> ha proporcionado una visión del problema que acucia actualmente al concepto de acto administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, consistente en la constante ampliación del mismo para dar cabida en el proceso contencioso-administrativo a todo tipo de actos dictados por la Administración (como una nómina, por ejemplo), motivado por una evidente juridificación del mismo a los efectos de someter su revisión a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual no puede dejar de aplaudirse por más que, conceptualmente, pueda haber algunas desviaciones acerca de lo que deba o no considerarse teóricamente acto administrativo puesto que, en definitiva, se están incrementando las posibilidades de control jurisdiccional del actuar público pues, de acuerdo con FORSTHOFF<sup>199</sup>, el método teleológico en el estudio del concepto del acto administrativo es fundamental para su tratamiento científico<sup>200</sup>.

Resulta imprescindible en este punto hacer expresa referencia a la posición de VELASCO CABALLERO<sup>201</sup> puesto que, de forma inédita y sin precedentes en nuestra doctrina, estima que no es posible, dada la amplitud de supuestos existentes, definir el acto administrativo positivamente, por lo que opta por delimitarlo negativamente, por contraposición a actuaciones que no pueden considerarse actos administrativos. Así, en lugar de definir al acto mediante una fórmula concreta, opta por construir el concepto

---

<sup>197</sup> ESCUÍN PALOP, C.: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2004, p. 178.

<sup>198</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el ...*, op. cit., pp. 43 y ss.

<sup>199</sup> FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 280

<sup>200</sup> El estudio teleológico del concepto de acto administrativo se inició con la obra de VON HIPPEL, E.: *Untersuchungen zum Problem...*, op. cit., como ya se tuvo ocasión de apuntar en el Capítulo anterior.

<sup>201</sup> VELASCO CABALLERO, F.: "El acto administrativo: concepto, clases y contenido", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., pp. 1763-1771



por su oposición al contrato, a las disposiciones administrativas de carácter general (reglamentos), a la actuación administrativa o simple actuación material de la Administración y a los actos políticos.

En cuanto a la concepción del acto como elemento detonador del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, la aportación más interesante de BOCANEGRA SIERRA<sup>202</sup> consiste en la procedencia de seguir la interpretación restringida o estricta del concepto de acto administrativo, de forma que se desconecte el mismo del acceso a la jurisdicción, otorgándole una sustantividad propia y separada.

El autor acude a la regulación del ordenamiento jurídico-administrativo alemán como ejemplo de este concepto, partiendo del hecho de que el parágrafo 35 de la VwVfG es de las únicas que proporcionan una definición del acto administrativo como toda disposición<sup>203</sup>, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público con efectos inmediatos frente a terceros. Las notas características de la regulación alemana que delimitan al acto son, en este sentido, su carácter regulador (distinto del propio de las normas jurídicas), que produzca efectos externos (frente a terceros), ser dictadas por un órgano administrativo en el ejercicio de una potestad administrativa (salvo la reglamentaria).

En este sentido, para MAURER<sup>204</sup> sería conveniente precisar la clásica definición legal contenida en el § 35 VwVfG en el sentido de hacer referencia a la unilateralidad de este y a la procedencia jurídico-administrativa del mismo (en lugar de “jurídico-pública), para evitar así confusiones en el ámbito de las potestades administrativas, cuestión que en el momento de redacción de la Ley no fue necesaria abordar.

Para BOCANEGRA SIERRA<sup>205</sup>, una adaptación de dicha previsión a nuestra regulación podría definir el acto como toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria, mezclando así la regulación

---

<sup>202</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 33

<sup>203</sup> Definición que, además, se recoge con el mismo tenor literal en la legislación tributaria (§ 118 AO) y de seguridad social (§ 31 SGB)

<sup>204</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., p. 209

<sup>205</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 44

germana con la visión de ZANOBINI, si bien el autor entiende que de la concepción amplia del concepto de acto administrativo adoptada por estos últimos no resulta un régimen jurídico unitario bien definido y con sustantividad propia, y una desmesurada ampliación del concepto que, a pesar de los beneficios que pueda suponer (al incrementar los supuestos de acceso a la jurisdicción) conceptualmente resulta inservible. La definición de ZANOBINI ha sido aceptada por la mayor parte de la doctrina española, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>206</sup>, quienes realizaron pequeñas correcciones a la misma, para definirlo como “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”.

Sin embargo, tal amplitud parece en ocasiones inevitable para permitir la revisión de determinadas actuaciones de la Administración que afectan a los particulares, como pone de manifiesto GARCÍA LUENGO<sup>207</sup>, quien apunta que si incluso la doctrina alemana, dotada de un sistema complejo de acciones, ha tenido en ocasiones que concebir ampliamente el acto administrativo para permitir a la jurisdicción el pleno conocimiento del asunto, en nuestro ordenamiento jurídico resulta evidente que también existirán, incluso en más ocasiones, actos administrativos a los meros efectos jurisdiccionales.

Y es que, en definitiva, el acto administrativo cumple una función estabilizadora entre el ciudadano y la Administración, como ha tenido ocasión de afirmar, en la doctrina alemana, STELKENS<sup>208</sup>, como garantía de actuación de aquélla conforme a Derecho.

### **3. Una necesaria delimitación conceptual previa: de la ilegalidad e invalidez de los actos administrativos**

Debe efectuarse una breve distinción entre dos conceptos que, tradicionalmente, han originado problemas interpretativos: “ilegalidad” e “invalidez” de los actos administrativos. Dado que las denominaciones “presunción de validez” o “de legalidad”

---

<sup>206</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 591

<sup>207</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, p. 39

<sup>208</sup> STELKENS, U. en el comentario al § 35 VwVfG rubricado *Begriff des Verwaltungsaktes* (concepto de acto administrativo) que efectúa el autor en el conocido y profundo comentario a la ley de procedimiento administrativo alemana que dirigen STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar...*, op. cit., p. 1005

deben emplearse de forma diferenciada, a efectos de desarrollo del presente trabajo se procede, al igual que se hizo al inicio del Capítulo anterior, a distinguir ambas situaciones y la utilización que se hará de cada uno a efectos dialéctico-conceptuales.

Así, en primer lugar, debe apuntarse que la ilegalidad se basa en una simple comparación entre la norma jurídica y el acto administrativo, de forma que en caso de coincidir nos encontraremos ante un supuesto de legalidad del acto, mientras que en caso de discordancia se tratara de un acto administrativo de contenido ilegal.

Por su parte, la invalidez supone efectuar un examen del fondo del asunto, puesto que un acto puede ser ilegal y susceptible de ser expulsado del ordenamiento jurídico en cualquier momento (en caso de los supuestos de nulidad de pleno derecho), puede ser ilegal y tener que ser expulsado necesariamente en un determinado plazo (cuando el vicio no es de tan extrema gravedad y, por tanto, se permite su subsistencia por el mero transcurso del tiempo -generalmente en la actualidad de cuatro años- sin ser impugnado, esto es, siendo consentido, en el caso de los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad) y, por último, un acto puede ser ilegal y no ser nunca expulsado del ordenamiento por tratarse de una mera ilegalidad o irregularidad no invalidante, dada su escasa relevancia.

En la práctica, por tanto, ambos conceptos actúan en dos momentos distintos del eje cronológico temporal, toda vez que de un primer examen del acto administrativo se determinará si el acto adolece de algún tipo de ilegalidad, por adecuarse o no a la norma jurídica que le da cobertura y, en caso de constatarse la ilegalidad del mismo, se procederá a efectuar un examen de la ilegalidad *stricto sensu* en que incurre, para así determinar su gravedad y, por tanto, la calificación del vicio.

Este juego entre ambos conceptos no tiene mayor sentido que el cumplimiento del principio de conservación de los actos administrativos, que adquiere sentido sobre la base de que los mismos se presumen válidos y producen efectos desde la fecha en que se dictan ex artículo 39.1 de la LPAC (a excepción de los supuestos de eficacia demorada o diferida y retroactiva cuando se den los supuestos de hecho correspondientes), y que actúa en conjunción con el artículo 51 de la misma norma, que regula la conservación de actos y trámites, aún inválidos, en determinados casos. Así lo pone de manifiesto

también DÍEZ SÁNCHEZ<sup>209</sup>, quien expone que el principio de conservación puede, bien ser otra forma de explicar la presunción de validez, bien significar que dicha presunción de validez se traduce en el principio de conservación, aunque se trate de dos conceptos diferentes como se ha apuntado anteriormente.

Para CANO CAMPOS<sup>210</sup>, la presunción de validez opera no sólo cuando el acto se adecúa a las exigencias normativas que establecen sus requisitos de validez, sino también cuando, a pesar de no adecuarse, presentan una mínima apariencia de adecuación por lo que, para el autor, la condición para el despliegue de efectos del acto no es realmente su validez, sino su existencia, presumiéndose válido a partir de ese momento.

Como acertadamente apunta BELADÍEZ ROJO<sup>211</sup> en este sentido, la validez, como presupuesto necesario para que el Derecho garantice la conservación de un acto, ha de estar referida no al acto en sí mismo, sino en función de si los fines que con su mantenimiento en el orden jurídico se pretenden conseguir son o no merecedores de tutela jurídica, poniendo como ejemplo la citada autora, para explicar cómo el principio de conservación responde a una finalidad protectora del interés general<sup>212</sup>, el supuesto de una expropiación de terrenos efectuada a un ciudadano para construir una autopista sustentada en un acto viciado de nulidad, caso en el que el ordenamiento jurídico no proporcionará una respuesta jurídica de restitución del derecho de propiedad a aquél que fue despojado del mismo si la autopista efectivamente ya se construyó, puesto que el interés general prima en este caso sobre el interés particular; o más bien, entiende el que suscribe, la pugna se da en este caso entre dos grados distintos de afección al interés público: aquél interés público que exige no mantener en el mundo jurídico un acto nulo, y el que exige no demoler la autopista, primando este último por razones evidentes.

Ello no es sino manifestación propia del principio general de proporcionalidad que debe regir la actuación de la Administración, tal y como LÓPEZ GONZÁLEZ<sup>213</sup> ha defendido acertadamente en relación con la ponderación de los intereses públicos que la Administración debe tutelar, llegando a afirmar que no le está permitido a aquélla “un

---

<sup>209</sup> DÍEZ SÁNCHEZ, J.J.: “El principio de conservación de actos”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.): *Los principios jurídicos...*, op. cit., p. 1007

<sup>210</sup> CANO CAMPOS, T.: “El laberinto de...”, op. cit., p. 6

<sup>211</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 43

<sup>212</sup> Vid. así mismo al respecto la obra de LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, nº 52, 1988, pp. 128 y ss.

<sup>213</sup> LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio general...*, op. cit., p. 137

ejercicio arbitrario e injustificado de sus potestades discrecionales”, pues “el principio de proporcionalidad le exige una decisión administrativa adecuada con el preceptivo proceso previo de valoración y ponderada apreciación de todos y cada uno de los intereses públicos directamente afectados por la actividad administrativa”, por lo que su observancia es absolutamente indispensable en materia de invalidez pues, de acuerdo con BELADÍEZ ROJO<sup>214</sup>, si la declaración de invalidez causa un daño superior al interés público que permitir su conservación, deberá optarse por esta última opción.

En los siguientes apartados se realizará un somero repaso de los distintos grados de invalidez más ampliamente reconocidos por la doctrina: la nulidad absoluta y la relativa. No se entrará a valorar como tal la inexistencia ya que, como se tuvo ocasión de tratar anteriormente, su utilidad no está demostrada y, en ocasiones, no hace sino complicar el ya de por sí complejo tratamiento de la cuestión. En último lugar, se examinarán aquellos vicios que originan meras irregularidades las cuales, como su propia denominación indica, no llegan a invalidar el acto y, por tanto, no se trata de un grado de invalidez, sino de una irregularidad susceptible de corrección.

#### **4. De los distintos grados de invalidez: la nulidad radical, absoluta o de pleno Derecho**

Como se ha tenido ocasión de adelantar, la nulidad absoluta, radical o de pleno Derecho es el más grave de los vicios en que puede incurrir un acto administrativo. Pero su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, como acertadamente afirma BOCANEGRA SIERRA<sup>215</sup>, no sigue los estándares europeos como sucede, por seguir el ejemplo utilizado por el autor, en Derecho alemán, en cuya Ley de Procedimiento Administrativo recoge una previsión general de nulidad para aquellos vicios más graves y manifiestos en que incurra el acto, sino que la LPAC, en su artículo 47, incluye una lista *numerus clausus* de supuestos en los que los actos administrativos incurren en vicios determinantes de nulidad absoluta, complementada con las especialidades recogidas en leyes sectoriales<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 65

<sup>215</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 181

<sup>216</sup> A título meramente ejemplificativo, el artículo 39 LCSP contempla causas específicas de nulidad absoluta, además de las previstas en la LPAC.

En el ordenamiento jurídico-administrativo alemán el régimen de la nulidad absoluta funciona de forma similar, regulándose en el § 44 VwVfG, de forma que prevalece la teoría de la evidencia o *Evidenztheorie*<sup>217</sup>, sobre la que se basa la cláusula general a la que posteriormente se hará referencia. Dicho precepto incluye en su apartado segundo un catálogo de supuestos que dan siempre lugar a la nulidad absoluta del acto (catálogo positivo), y en el apartado tercero una serie de supuestos que nunca provocarán dicha nulidad (catálogo negativo), cerrándose el círculo en el apartado primero, que contiene la *Generalklausel* o cláusula general<sup>218</sup> en virtud de la cual un acto administrativo es nulo de pleno Derecho si incurre en una infracción de especial gravedad que resulte manifiesta al valorar las circunstancias del mismo, pues como apunta MAURER<sup>219</sup>, la teoría de la evidencia debe completarse con la de la gravedad de la infracción, que ya fue ampliamente admitido por la doctrina incluso antes de la codificación de la VwVfG. En relación con el catálogo positivo del § 44 Abs. 1, siguiendo a MAURER<sup>220</sup>, pueden enumerarse las causas de nulidad absoluta como sigue:

- Haber sido dictado el acto por escrito (o electrónicamente) sin especificar al destinatario el órgano autor del mismo, por lo que se desconoce ante quien impugnarlo
- No haberse dictado adoptando la forma legalmente exigida, cuando dicha forma documental es esencial
- Vulneración de las reglas sobre competencia territorial cuando se trata de bienes (inmuebles, en esencia) radicados en determinado territorio
- Contenido imposible de cumplir por ninguna persona
- Su ejecución supone la comisión de un delito o infracción administrativa
- Acto contrario a las buenas costumbres

---

<sup>217</sup> Se refiere a esta teoría, entre otros, MEYER, en el comentario al § 44 que efectúa en KNACK, H.J. y HENNEKE, H.G.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 9. Auflage, 2010, p. 952. También en este sentido, MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., p. 301

<sup>218</sup> STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar...*, op. cit., p. 1618

<sup>219</sup> Traducción literal para el término *Unmöglichkeitstheorie* acuñada por GARCÍA LUENGO en MAURER, H.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 285, si bien el propio MAURER apunta en una edición más reciente de su obra que dicho término era empleado con anterioridad, siendo actualmente empleado de forma más generalizada el de *Evidenztheorie*, vid. MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., p. 301

<sup>220</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit. p. 302

Por el contrario, el acto administrativo no adolecerá de nulidad absoluta en ningún caso si se ha dictado infringiendo el resto de preceptos reguladores de la competencia territorial; si personas que debieron abstenerse han intervenido en la gestación del acto, siempre que no se trate del propio interesado; o si no ha participado un órgano administrativo o colegiado, siendo necesario para el acto de que se trate.

Como examina GARCÍA LUENGO<sup>221</sup>, con cita de KORMANN, quien trató originalmente la materia, desde los inicios de las creaciones doctrinales administrativistas, sobre la validez, la gravedad del vicio se ha erigido en criterio delimitador de la nulidad (como se citó anteriormente, también MAURER completa la *Evidenztheorie* alemana con la gravedad del vicio), sobre la base de que, si la regla general es la anulabilidad del acto por las razones obvias ya señaladas anteriormente de garantizar un funcionamiento eficaz de la Administración y la conservación de los actos dictados por ésta, consecuencia necesaria de todo ello es que se reserve la excepcionalidad de la nulidad de pleno Derecho para aquellos supuestos que más gravemente vulneren el ordenamiento jurídico. Ello tiene una complicación adicional: determinar qué vulneraciones son graves y cuáles no merecen tal calificativo.

A tal finalidad, el precitado autor español expone que ha habido dos métodos de determinación de la gravedad del vicio: el lógico-formalista y el teleológico. El primero de ellos parte del criterio de la gravedad y a partir del mismo deduce un catálogo de causas o supuestos de nulidad, por lo que la calificación de un acto como nulo pasa por subsumir el defecto en que incurra el mismo en alguno de los presupuestos establecidos como tal en dicho catálogo. Como puede apreciarse, este sistema ha sido ampliamente aceptado y es el que actualmente rige en nuestro ordenamiento jurídico, a la vista del ya tradicional catálogo de causas de nulidad recogido en nuestras sucesivas Leyes reguladoras del procedimiento administrativo. También por influencia del régimen tradicional del negocio jurídico civilista la doctrina italiana<sup>222</sup>, en sus inicios, anudó la nulidad a la ausencia o vicio de los requisitos esenciales de los actos administrativos, lo cual traía consigo también el problema de determinar, en este caso, qué elementos eran esenciales y cuáles no a efectos de calificarlo como nulo o anulable.

---

<sup>221</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 91 y ss.

<sup>222</sup> Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, BARTOLINI, A.: *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, G. Giappichelli Editore-Torino, Milano, 2002, pp. 12 y ss.

El segundo método, el teleológico, como ya se apuntó anteriormente al conceptualizar el acto administrativo, fue un método de estudio iniciado por VON HIPPEL que propugna que la determinación de los efectos de una irregularidad debe efectuarse casuísticamente, en cada caso concreto, en función de la finalidad de la norma en virtud de la cual el acto fue dictado, si bien coincido con la crítica que a dicho método efectúa este autor por no respetar el principio de seguridad jurídica (y de legalidad, añadiría) que debe regir en materia de validez de actos administrativos.

BELADÍEZ ROJO<sup>223</sup>, sin embargo, entiende que esta concepción no resulta admisible, al afirmar que la sanción de invalidez procede siempre que se considere que un acto es antijurídico, sin que sea exigible que la ley establezca exhaustivamente todos los supuestos en que el vicio determina dicha consecuencia jurídica, aunque adopta el elemento teleológico al afirmar que son válidos aquellos actos que pueden cumplir válidamente su finalidad, en el sentido de realización de los fines que el Derecho pretendía al dictar dicho acto, por resultar valioso para éste.

Y es que para esta autora la teoría de la validez pivota en torno al principio de conservación de los actos administrativos, al definir la validez como aquella situación en que se encuentran los actos jurídicos que no son conformes a Derecho por dos motivos alternativos: bien porque el acto no haya incurrido en ninguna infracción grave del ordenamiento jurídico, bien porque, aun incurriendo, el acto ha creado una situación jurídica que el Derecho estima es susceptible de protección mediante su conservación<sup>224</sup>.

En relación con el origen de esta regulación, GARRIDO FALLA<sup>225</sup>, a quien puede considerarse creador del tratamiento legal español de la teoría de la invalidez de los actos administrativos, explica que la evolución jurisprudencial francesa del siglo XIX fijó como motivos de anulación del acto administrativo la incompetencia, el vicio de forma, la desviación de poder y la violación de la regla de Derecho, todos ellos manifestación de una actuación de la Administración mediando exceso de poder. En nuestro ordenamiento jurídico, se refiere el autor a la regulación del sistema contencioso-administrativo de las Leyes de 1888 y 1894, la cual remitía toda la cuestión de la nulidad

---

<sup>223</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., pp. 68-69

<sup>224</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 66

<sup>225</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Régimen de impugnación...*, op. cit., pp. 196 y ss.



y su impugnabilidad a la existencia o no de lesión del derecho subjetivo del recurrente (conocido como recurso de plena jurisdicción, propio de la esfera de la Administración Central), mientras que a nivel local dicho contencioso introducía motivos concretos como los de la regulación francesa (recurso de anulación por incompetencia, vicio de forma o cualquier otra violación de las leyes o disposiciones administrativas), que fueron a juicio del citado autor germen de la regulación posterior que habría de darse a los vicios de los actos administrativos.

Como ya se adelantaba anteriormente, GARRIDO FALLA hace una distinción en 1956 de la nulidad, anulabilidad e irregularidades no invalidantes con sus respectivas características que, posteriormente, pasaron a formar parte, de forma prácticamente similar, de la LPA de 1958.

Para FORSTHOFF<sup>226</sup>, no se puede justificar una distinción conceptual entre nulidad y anulabilidad y no procede por tanto asignar un régimen jurídico a cada uno de ellos, tratándose simplemente de una cuestión de grado; no obstante, a continuación, y a pesar de que inicialmente parece posicionarse a favor del estudio casuístico de los motivos de invalidez, al mismo tiempo ofrece una enumeración y examen de algunas de carácter general, por lo que no parece separarse totalmente del método lógico-formalista anteriormente citado, si bien afirma que no es posible establecer dogmáticamente un cuadro de irregularidades tasado.

Siguiendo a este autor, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>227</sup> criticó que la lista fuese exhaustiva y no contuviese referencia al contenido esencial de los actos administrativos, pues el elenco de supuestos de nulidad del antiguo artículo 47 LPA no los recogía, refiriéndose fundamentalmente la Ley a vicios procedimentales, en lugar de referirse a los actos, verdadero objeto de la teoría de la validez. No obstante las críticas vertidas a este sistema, aún perdura en la actualidad sin apenas variación.

Para SANTAMARÍA PASTOR<sup>228</sup> y la mayor parte de la doctrina, la nulidad abarca las infracciones más graves del ordenamiento jurídico, y explica cómo hay dos posiciones: una de ellas, encabezada por ALCINDOR, que utiliza la apariencia u ostensibilidad del

---

<sup>226</sup> FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., pp. 314-315, efectuando el estudio de los concretos motivos en pp. 318 y ss.

<sup>227</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 58, 1969, pp. 51 y ss.

<sup>228</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 270-271

vicio como elemento delimitador de la nulidad, y la otra, cuyo exponente es ZANOBINI, que califica como nulos los actos a los que les falta un elemento esencial y anulables, por tanto, aquellos a los que tal elemento se encuentra sencillamente viciado, interponiendo como bien apunta el autor dos cuestiones previas complejas: primero, determinar qué elemento es esencial y, segundo, determinar si se encuentra ausente o viciado. Por ende, concluye que la solución al problema se encuentra en la noción de orden público, pues sólo aquellos vicios que afectan a éste merecerán la calificación de originantes de nulidad y, por tanto, de un tratamiento procesal -o procedimental, añadido- privilegiado.

Para CANO CAMPOS<sup>229</sup> la nulidad, al igual que la anulabilidad, no son categorías abstractas, sino que son reguladas por el legislador en función de los supuestos en que se puede encontrar un acto infractor del ordenamiento jurídico, configurándolo en función de los intereses presentes en cada caso concreto. De hecho, el mismo autor<sup>230</sup> precisa que en nuestro ordenamiento jurídico se distingue de otros europeos en que no considera viciados de nulidad absoluta exclusivamente a aquellos en que concurren los vicios más graves y evidentes, por lo que su extensión es mayor.

Volviendo a la LPA de 1958, ésta recogía un elenco de motivos de nulidad de pleno Derecho como sigue:

- “a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente.
- b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito.
- c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”.

Posteriormente, la LRJPAC de 1992 amplió los supuestos legalmente reconocidos y, así, reguló las causas de nulidad comprendiendo las siguientes (se incluye la modificación incluida en el primer apartado por la Ley 4/1999, eliminando la necesidad de que la lesión afectase al contenido esencial del derecho o libertad fundamental):

- “a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

---

<sup>229</sup> CANO CAMPOS, T.: “Validez e invalidez...”, *op. cit.*, pp. 1898-1899

<sup>230</sup> CANO CAMPOS, T.: “Validez e invalidez...”, *op. cit.*, p. 1902

- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.

Actualmente, la vigente LPAC ha reproducido idénticamente las causas de nulidad, retornando la regulación, curiosamente, al numeral 47 del articulado, por lo que se obvia su reproducción por no haberse operado modificación alguna evitando así reiteraciones innecesarias. Únicamente debe advertirse de una causa de nulidad no prevista en el elenco del artículo 47.1 LPAC a la que aún no se ha encontrado por la doctrina explicación lógica alguna, consistente en la previsión del artículo 37.2, que establece la nulidad de los actos que vulneren una disposición reglamentaria, al tiempo que el artículo 48.1 prevé la anulabilidad de aquellos que vulneren una disposición legal, por lo que curiosamente en la actualidad se sancionan más gravemente los actos vulneradores de reglamentos provenientes del Poder Ejecutivo que los que contrarían una Ley emanada de las Cortes Generales, lo cual resulta más que criticable e incluso vulnera el principio de jerarquía normativa.

Avanzando en la materia y, una vez examinada la génesis de la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, se procede en el presente apartado a examinar los supuestos de nulidad absoluta que, con carácter general, establece la vigente LPAC, sin entrar a conocer aquellos reconocidos en los distintos ámbitos sectoriales del Derecho Administrativo en los que se regulan supuestos específicos de nulidad, pues adentrarse en las causas de nulidad de todos ellos excedería las limitaciones de extensión que la naturaleza del presente trabajo impone.

Esta necesidad de efectuar una visión panorámica de los supuestos regulados actualmente en el sistema de “lista”, obedece a que ninguno de ellos alude directamente a la administración electrónica o, más concretamente, a la vertiente electrónica del acto y documento administrativos, a fin de poder proyectar más adelante los requisitos de los actos y documentos administrativos en soporte electrónico y poder determinar o valorar su validez o invalidez.

#### 4.1. Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 47.1.a LPAC)

La aparición de esta causa de nulidad tiene su origen en la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 (también CE, en adelante) y por exigencias de ésta, al ser considerados los derechos fundamentales como fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE), y vinculando a todos los poderes públicos y ciudadanos (artículo 9.1 CE), todo ello protegido a la máxima potencia gracias al artículo 53.1 de la Carta Magna.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>231</sup>, el motivo de la novedosa inclusión de este motivo de nulidad se remonta a las sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981 y 30 de junio de 1982, que definían estos derechos y libertades de carácter fundamental como principios superiores del ordenamiento jurídico con efectividad inmediata frente a los poderes públicos (lo cual por otra parte ya estaba claramente recogido en el texto constitucional) lo cual originó que, a la hora de redactar la LRJPAC, el legislador tuviese en cuenta la gravedad de su vulneración en el ámbito jurídico-administrativo y decidiese incluirlo en el elenco de supuestos de nulidad absoluta o de pleno Derecho del artículo 62.1 de la ahora ya derogada LRJPAC.

Siguiendo el tenor literal del precepto, la LRJPAC, en los inicios de su vigencia, establecía como nulos aquellos actos administrativos “que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, si bien con motivo de la promulgación de la Ley 4/1999, de 13 de enero, se modificó, por *mor* de su artículo

---

<sup>231</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 678

primero, apartado 18, en el sentido de eliminar la limitación a los actos que lesionasen su “contenido esencial”, lo cual había sido ya objeto de crítica por parte de la doctrina<sup>232</sup> sobre la base de que la distinción existente entre contenido esencial y no esencial de los derechos fundamentales se lleva a cabo en relación con las medidas que el ordenamiento jurídico dispensa al ciudadano frente al legislador, pero en ningún caso respecto a la nulidad del acto, ya que éste vulnerará el derecho o libertad fundamental, o será respetuoso con el mismo, sin que quepan fórmulas intermedias.

La lesión puede consistir, como afirma MUÑOZ MACHADO<sup>233</sup>, en la privación (manifiesta y grave en todo caso) del ejercicio de un derecho, el establecimiento de condiciones asfixiantes para su disfrute o que lo impidan o dificulten gravemente.

En relación con su aplicación práctica, como bien apunta GARCÍA LUENGO<sup>234</sup>, debe concretarse qué se entiende por lesión del derecho fundamental, comprendiendo según el autor no sólo la mera privación de este, sino también cualquier menoscabo, impedimento u obstáculo al ejercicio del mismo, incluso de carácter procesal. Autores como BOCANEGRA SIERRA<sup>235</sup> advierten además de la posible problemática que se plantea en la aplicación de este motivo de nulidad, al preverse para la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales de los artículos 14 a 29 y 30.2<sup>236</sup> de la Constitución Española, encontrándose entre éstos el 24.1, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (que comprende el derecho de defensa y, por ende, el de no provocar indefensión), ya que podría dar lugar a la apreciación de esta causa en toda irregularidad formal, vaciando así prácticamente de contenido la causa de anulabilidad por el mismo motivo, lo cual no resultaría deseable.

La solución en estos casos pasa, en línea con lo acertadamente indicado por el autor precitado, por efectuar una ponderación en cada caso concreto de la gravedad de la indefensión padecida, reservando a la nulidad absoluta aquellos supuestos más

---

<sup>232</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: “La nulidad y...”, *op. cit.*, p. 172, con cita de doctrina que apoyaba dicha tesis.

<sup>233</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomo XII, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2ª ed., Madrid, 2017, p. 194

<sup>234</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, p. 180

<sup>235</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, *op. cit.*, p. 182

<sup>236</sup> La naturaleza de derecho fundamental de la objeción de conciencia no se desprende únicamente del artículo 30.2 en relación con el 9.1 y el 50.3 de la CE, sino que ha sido expresamente confirmado por el Tribunal Constitucional desde antaño pudiendo citarse, por todas, la sentencia 15/1982, de 23 de abril, y se reconoce como derecho cuyo “contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico”.

flagrantes en los que se provoca una verdadera situación de indefensión material sin que lo constituya, por ejemplo, la mera ausencia del trámite de audiencia en el seno del procedimiento administrativo si el administrado tiene ocasión de desplegar todos sus medios de defensa en un ulterior recurso administrativo, caso en que prima el mantenimiento o conservación del acto siempre que se otorgue la posibilidad al destinatario del mismo a alegar lo que a su Derecho convenga, aún en momento posterior al citado trámite de audiencia.

Algún autor como GARCÍA URETA<sup>237</sup> apunta la posibilidad de apreciar esta causa o motivo de nulidad en casos de infracción a la normativa comunitaria en determinados supuestos, concretamente en aquellos en que tales infracciones se encuentran vinculadas a los derechos y libertades fundamentales, y lo ejemplifica con supuestos de vulneración del derecho a la educación (artículo 27 CE) en casos de escolarización de hijos de trabajadores migrantes; el acceso a las funciones y cargos públicos siempre y cuando no se trate de empleos que supongan una participación, directa o indirecta, en el sentido de que no se discrimine por razón de la nacionalidad -derecho a la igualdad del artículo 14 en relación con el artículo 23 CE- (salvo que se trate de empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y tengan por objeto la salvaguarda de intereses estatales o de las Administraciones Públicas); y, por último, la vulneración del artículo 25 CE por imponerse una sanción a una infracción de Derecho Comunitario no incorporada (o defectuosamente incorporada) a la legislación interna.

Como afirma MUÑOZ MACHADO<sup>238</sup>, el campo en el que más aplicación ha tenido esta causa de nulidad ha sido en el procedimiento sancionador, en relación con la ausencia de información y audiencia del interesado, salvo que puedan ejercitarse con ocasión de los recursos administrativos o posteriormente, en vía judicial.

Por último, procede poner de manifiesto que JORDANO FRAGA<sup>239</sup> se cuestiona si el artículo 47.1.a) -aunque en su exposición se refiere al entonces vigente 62.1.a) LRJPAC, cuyo contenido es idéntico- viola o no la reserva de Ley Orgánica, en tanto en cuanto el

---

<sup>237</sup> GARCÍA URETA, A.: *Procedimiento administrativo y Derecho Comunitario*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2002, pp. 91 y ss.

<sup>238</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 194

<sup>239</sup> JORDANO FRAGA, J.: *Nulidad de los actos administrativos y Derechos Fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 196 y ss.

artículo 81.1 CE dispone que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, y el artículo 55.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC, en adelante) establece que la sentencia de amparo incluirá, entre otros, la “declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos”. El autor pone en entredicho que determinados supuestos como la regulación de delitos exige Ley Orgánica, y no así la presunción de inocencia en el ámbito sancionador, cuando además las consecuencias de declaración de un acto nulo pueden ser incluso más gravosas para el ciudadano al establecer su imprescriptibilidad, por lo que la solución pasaría por entender la reserva de Ley Orgánica como garantía constitucional (entre otras razones, por exigir su aprobación mayorías reforzadas *ex* artículo 81.2 CE), necesaria en casos de afección directa del desarrollo sustancial de los derechos fundamentales susceptibles de afección al *status quo* de los ciudadanos.

#### 4.2. Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio (artículo 47.1.b LPAC)

La redacción original de este precepto en la LPA de 1958 fue simplemente la de “los dictados por órgano manifiestamente incompetente”, habiéndose precisado con la LRJPAC qué concretos supuestos de incompetencia originan la nulidad: por razón de la materia o del territorio. Como apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>240</sup>, se excluyó la incompetencia jerárquica tal y como venía apreciándose jurisprudencialmente, en tanto en cuanto el propio acto es convalidable por el superior jerárquico del órgano autor del mismo, como prevé el actualmente vigente artículo 52 LPAC y el entonces vigente artículo 67.3 LRJPAC.

Así, en el apartado b) del artículo 47.1 de la actualmente vigente LPAC, se recoge de forma idéntica la nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos viciados por incompetencia material o territorial, esto es, aquellos dictados por un órgano que no tiene asignada como competencia propia (o por delegación) la materia concreta objeto

---

<sup>240</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 669

del acto (resolución administrativa que impone una sanción en materia de medio ambiente dictada por órgano competente en materia energética, por ejemplo) o excediendo el ámbito territorial para el ejercicio de la misma (por continuar el ejemplo anterior, se daría este supuesto si la sanción hubiese sido impuesta por el órgano competente en materia de medio ambiente, pero de otra comunidad autónoma distinta a aquélla en que se ha llevado a cabo la conducta infractora, salvo que se trate del supuesto de daños continuados). Debe precisarse, con MELLADO RUIZ<sup>241</sup>, que la incompetencia debe referirse al momento de la producción del acto, independientemente de las vicisitudes posteriores de la habilitación normativa que da cobertura a la competencia del órgano.

El concepto jurídico indeterminado incorporado por el legislador en este motivo de nulidad ha sido objeto de crítica por autores como BOCANEGRA SIERRA<sup>242</sup>, pues dependiendo del sujeto se interpretará la incompetencia “manifiesta” de una forma u otra, sin que se verifique en todo caso la uniformidad deseable, no obstante lo cual, se acepta su necesidad a pesar de las dificultades interpretativas que plantea. Así lo pone también de manifiesto MELLADO RUIZ<sup>243</sup>, precisando que pueden existir supuestos en que la incompetencia sea “manifiesta” pero de difícil comprobación por un ciudadano medio, lo cual no debe restarle gravedad.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha precisado en su sentencia de 30 de mayo de 2013<sup>244</sup> que la incompetencia “manifiesta” debe interpretarse en el sentido de indubitada, palmaria, evidente, rotunda, incontrovertida, grave, que no exija un esfuerzo dialéctico para su comprobación ni una labor previa de interpretación jurídica. Es por ello por lo que la apreciación de una incompetencia de estas características, como apunta BARRERO RODRÍGUEZ<sup>245</sup>, exige el análisis de las circunstancias de cada caso concreto, pues no cabe generalizar este tipo de supuestos.

---

<sup>241</sup> MELLADO RUIZ, L.: “Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., p. 1947

<sup>242</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 183, donde el autor afirma que “[...] habida cuenta de los escasos esfuerzos desplegados por la doctrina y la jurisprudencia en la búsqueda de un concepto razonable y útil de lo manifiesto, no puede aceptarse, sin embargo, con carácter general, en la medida en que las exigencias institucionales de la nulidad obligan a conectarla con uno de sus principales efectos: la ineficacia del acto y la posibilidad de ignorarlo, tanto por parte de los particulares como por parte de los titulares de los órganos administrativos”.

<sup>243</sup> MELLADO RUIZ, L.: “Supuestos de nulidad...”, op. cit., p. 1945

<sup>244</sup> RJ 2013\5598 (Rec. nº 4463/2010)

<sup>245</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “El acto administrativo...”, op. cit., p. 183



Por último, para MELLADO RUIZ<sup>246</sup>, el legislador no ha valorado la posibilidad de incluir, como supuesto determinante de nulidad, los casos de incompetencia jerárquica más graves, por cuanto entiende que dicha gravedad provoca su similitud con los supuestos de incompetencia material.

#### 4.3. Los que tengan un contenido imposible (artículo 47.1.c LPAC)

Esta causa de nulidad conlleva que todo acto administrativo con un contenido imposible esté viciado de nulidad absoluta, si bien en dicha imposibilidad deben concurrir una serie de requisitos jurisprudencialmente establecidos que deben tenerse en cuenta para su correcta conceptualización y apreciación, aunque puede adelantarse que su apreciación no resulta compleja generalmente, dada la usual claridad de los supuestos originantes de este motivo.

GAMERO CASADO<sup>247</sup>, distingue entre varios tipos de imposibilidad *stricto sensu*: (i) subjetiva, esto es, relacionada con el sujeto destinatario del acto, como sucede si se dirige el mismo a una persona (física o jurídica) inexistente; (ii) material, si el acto se dirige a una actuación que resulta inviable (imposible) objetivamente; y (iii) jurídica, cuando no existe relación jurídica alguna entre el destinatario del acto y el contenido de este.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>248</sup> estiman que la imposibilidad jurídica no debe entenderse comprendida en el supuesto, toda vez que equivale a la ilegalidad en general, si bien estimo que el planteamiento de GAMERO CASADO es claro y lo comparto: si se dirige un acto a un sujeto que no es titular de un bien determinado, como una orden de baja de un vehículo que ya transmitió, se trata de un supuesto de imposibilidad jurídica y no de ilegalidad, aunque puedan darse supuestos en que la imposibilidad jurídica devenga en ilegalidad; ejemplos de este tipo podrían ser numerosos, por más que el Consejo de Estado, en su Dictamen de 13 de mayo de 1963, advierta la ilegalidad antes referida, y aun teniendo en cuenta que alguna sentencia del Tribunal Supremo, como la dictada el 19 de mayo de 2000, haya apuntado en este

---

<sup>246</sup> MELLADO RUIZ, L.: "Supuestos de nulidad...", *op. cit.*, p. 1944

<sup>247</sup> GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, *op. cit.*, pp. 539-540

<sup>248</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 670

sentido afirmando que una imposibilidad jurídica equivaldría a la ilegalidad del acto y, por ende, comportaría su mera anulabilidad. En la imposibilidad debe entenderse incluido, a juicio del autor, el supuesto de carencia o indeterminación del contenido del acto, dado que no se puede cumplir lo desconocido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2004<sup>249</sup>, con cita de la doctrina establecida en la anterior del mismo Tribunal de 19 de mayo de 2000<sup>250</sup>, recuerda que son nulos, sobre la base de su contenido imposible, aquellos actos que resultan inadecuados, de forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen, así como los que contienen una contradicción interna en sus términos, que el Alto Tribunal define como “imposibilidad lógica”, por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable.

Otras sentencias dictadas con anterioridad equiparan así mismo la imposibilidad con la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto (en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1981<sup>251</sup> y 9 de mayo de 1985<sup>252</sup>), precisando así el contenido de esta causa de invalidez.

#### 4.4. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. En especial, el caso de la suplantación de la firma manuscrita (artículo 47.1.d LPAC)

En la LPA de 1958 la previsión de la nulidad de aquellos actos constitutivos de delito se encontraba en el apartado b), junto con los actos de contenido imposible. Con la redacción de la LRJPAC, y también con la actual LPAC, se incluyó otro supuesto adicional y se independizó de los actos de contenido imposible, pasando a formar parte de una nueva causa de nulidad que en realidad comprende distintos supuestos. Así, dos motivos de nulidad en estrecha relación con el ámbito del Derecho Penal se engloban en el apartado d) del artículo 47.1 de la LPAC (“los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”), comprendiendo (i) aquellos actos que, en sí

---

<sup>249</sup> RJ 2004\7427 (Rec. nº 130/2002)

<sup>250</sup> RJ 2000\4363 (Rec. nº 647/1995)

<sup>251</sup> RJ 1981\4755

<sup>252</sup> RJ 1985\2909

mismos, con el mero hecho de dictarlos, son constitutivos de un ilícito penal por parte de su autor, por haberse verificado el tipo penal previsto por la norma, así como (ii) los actos dictados al amparo de una actuación constitutiva de delito grave o leve<sup>253</sup> (la inclusión de los delitos leves, previamente conocidos denominados faltas, ha sido criticada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>254</sup>, con acierto).

Este segundo motivo constituye la adición respecto a la LPA, refiriéndose, como ya se ha apuntado, a aquellos actos dictados como consecuencia de una infracción penal que vicia la voluntad administrativa provocando la nulidad del acto dictado (BOCANEGRA SIERRA<sup>255</sup>), caso en el que debe tenerse en cuenta que no siempre el acto adolecerá de nulidad, pues una determinada actuación puede ser constitutiva de delito grave o leve, pero el acto emanado a partir de la misma cumplir todos los requisitos legalmente establecidos, caso en que no debe contaminarse la validez del acto<sup>256</sup>.

En el primer caso, como apunta GARCÍA LUENGO<sup>257</sup>, las exigencias institucionales de la nulidad están siempre cumplidas, pues las conductas que conllevan la nulidad han sido previamente tipificadas como delito grave o leve, y, por ende, como precisa BOCANEGRA SIERRA<sup>258</sup> (si bien este autor se refiere a la entonces vigente figura de las faltas), son las conductas que implican la más grave vulneración de las normas sociales generalmente establecidas; sanciones penales que, además, constituyen la *ultima ratio* que caracteriza al Derecho Penal junto al principio de intervención mínima, como indica

---

<sup>253</sup> Debe tenerse en cuenta al respecto que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, suprime las faltas que se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se han incorporado al Libro II bajo la denominación ahora de “delitos leves”. Según el Preámbulo de la citada Ley Orgánica, esta modificación está motivada por el principio de intervención mínima que debe “*facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles*”.

<sup>254</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 671

<sup>255</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., pp. 186-187

<sup>256</sup> BOCANEGRA SIERRA, R. en *Lecciones sobre el...*, op. cit., pp. 185-186, insiste en la necesidad de esta diferenciación, toda vez que terceros pueden verse afectados por la declaración de nulidad de un acto administrativo del cual eran destinatarios por una conducta de un funcionario tipificada como delito o falta sin que el acto adolezca de vicio alguno, en su precitada obra. En mi opinión, podría verse además vulnerado además el principio de confianza legítima de aquél, que confía legítimamente en la actuación del funcionario público que aparece investido de la autoridad necesaria como para vincular a la Administración en el sentido plasmado en el acto. Al respecto puede consultarse mi artículo en: BERNING PRIETO, A.D.: “El principio de confianza legítima”, *Revista Actualidad Administrativa La Ley*, Wolters Kluwer, nº 5, 2014, pp. 512 y ss.

<sup>257</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 209

<sup>258</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 185

MUÑOZ CONDE<sup>259</sup>, y ha sido establecidas, en teoría, con el máximo consenso y se encuentran investidas de las máximas garantías.

En cualquier caso, de existir indicios de la comisión de un delito, procederá plantear cuestión prejudicial ante la jurisdicción penal a los efectos de que sea ésta la que determine si existe o no delito o falta, previamente a la declaración de la nulidad del acto, no obstante lo cual, habrá de estarse a cada caso concreto, pues, como advierte BOCANEGRA SIERRA<sup>260</sup>, podría excepcionarse la necesidad de sentencia judicial penal previa en aquellos casos en que no hubo o no se pudo determinar la responsabilidad penal de su autor, como en caso de muerte del sujeto o inimputabilidad del mismo, pero cuya conducta constaba como típica y antijurídica, aunque a mi juicio en estos casos, aunque no haya condena penal al sujeto, existirá resolución judicial penal (auto o sentencia) que efectivamente reconozca la ausencia de responsabilidad penal y sus causas, o la tipicidad de los hechos pero la inimputabilidad de su autor.

En especial, en relación con este motivo de nulidad y su vinculación con la firma<sup>261</sup>, resulta de interés traer a colación el delito contemplado en el artículo 402 de la actualmente vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP, en adelante), de usurpación de funciones públicas, cuya conducta típica consiste en ejercer ilegítimamente actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, supuesto que evidentemente se daría en caso de que un sujeto firmase un acto administrativo suplantando la identidad del funcionario o autoridad que verdaderamente tiene asignada dicha función.

En estos casos debe efectuarse un examen del acto administrativo en conexión con el ilícito penal cometido. Así, en primer lugar, debe determinarse si únicamente existe una actuación de un sujeto constitutiva de delito sin que el acto administrativo en sí mismo adolezca de motivo alguno de invalidez por reunir todos los requisitos necesarios, caso en el que aquél responderá penalmente de su ilícita actuación sin que deba contaminar al propio acto, como se apuntó anteriormente, que continuaría siendo válido y eficaz y desplegando sus efectos. Sería el hipotético caso de un sujeto que firma un acto administrativo como si fuese el funcionario público con asignación de dicha función,

---

<sup>259</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 9ª ed., Valencia, 2015, p. 64

<sup>260</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 185

<sup>261</sup> Adviértase que, en este punto, toda referencia que se hace lo es aún a la firma manuscrita.

pero cuyo contenido se ajusta perfectamente a la legalidad y no adolece de vicio alguno, constriñéndose el ilícito únicamente a la suplantación de la firma.

Por el contrario, si el delito lo constituye el contenido en sí del acto administrativo dictado, esto es, en el supuesto de que se firme el mismo por persona distinta al funcionario público que debe hacerlo con el fin, precisamente, de dotarlo de un ilícito contenido pretendido, estaría viciado indiscutiblemente de nulidad de pleno Derecho. Ello, por supuesto, independientemente de que el sujeto pudiese cometer conjuntamente otro delito como el de falsedad, que se resolverá por la jurisdicción penal conforme con las normas penales relativas al concurso de delitos.

#### 4.5. Los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (artículo 47.1.e LPAC)

Se incluyen en este apartado dos supuestos distintos que vician el acto con la máxima sanción posible, la de nulidad absoluta, tratándose ambos de vicios procedimentales más que del propio acto, pero que acaban por afectar a éste por motivos relativos a su propia génesis. De un lado, serán nulos los actos dictados obviando totalmente el procedimiento legalmente establecido; de otro, también lo serán aquéllos que se hayan dictado sin seguir las reglas esenciales de formación de la voluntad en caso de órganos colegiados.

En relación con el primero de ellos, la jurisprudencia ha tenido ocasión de concretar los supuestos que dan lugar a la apreciación de este motivo de nulidad y así, entre los actos declarados nulos por haber sido dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido encontramos supuestos como la vía de hecho de la Administración o la ausencia total de procedimiento administrativo. En consecuencia, puede afirmarse que procede la apreciación de la nulidad absoluta del acto en aquellos casos en que se omite un requisito esencial del procedimiento, siempre y cuando, como precisa BOCANEGRA SIERRA<sup>262</sup>, tenga una función decisiva o determinante en el procedimiento de tal manera que sea equiparable a la mismísima ausencia de este.

---

<sup>262</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 186

En relación con dicha ausencia de trámites esenciales equiparables a la ausencia total del procedimiento tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de enero de 1991<sup>263</sup>, al conocer de un supuesto de caducidad de una concesión por inactividad que, a diferencia de los supuestos de reversión, no suponen la extinción automática de la misma, pues requiere una declaración formal producida tras el adecuado expediente en el que, como trámite garantizador, haya sido oído el concesionario afectado, doctrina que fue reiterada posteriormente en sentencia del mismo Tribunal de 2 de diciembre de 1998<sup>264</sup>. Igualmente, se ha estimado como tal por el Tribunal Supremo la ausencia de informe de evaluación ambiental, cuando era legalmente exigible, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 2 de marzo de 2016<sup>265</sup>. Adicionalmente, se han subsumido en este motivo de nulidad aquellos supuestos en los que se ha seguido un procedimiento distinto al legalmente exigido, por cuanto la consideración del procedimiento como garantía del administrado es la clave determinante de la invalidez que dimana de las infracciones de este. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000<sup>266</sup>, al conocer de un asunto en que se pretendía revisar un acto de oficio sin procedimiento alguno, y también la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2007<sup>267</sup>, en la que afirmó que resulta indeclinable que dicha ausencia sea total, esto es, que no se trate de un simple vicio procedimental no esencial, cuyo ámbito propio de invalidez es el de la mera irregularidad no invalidante o el de la anulabilidad.

La omisión de un trámite esencial como el de audiencia al interesado ha dado lugar a algún pronunciamiento jurisprudencial anulatorio incluso en supuestos en que no se exigía tal trámite en la normativa autonómica pero sí en la estatal, como el contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009<sup>268</sup>, en relación con la nulidad del acto de aprobación de un Plan Parcial de Protección en cuya tramitación procedimental se omitió el preceptivo trámite de audiencia.

---

<sup>263</sup> RJ 1991\337

<sup>264</sup> RJ 1998\10266 (Rec. nº 1495/1993)

<sup>265</sup> RJ 2016\1287 (Rec. nº 1359/2014)

<sup>266</sup> RJ 2000\787 (Rec. nº 7925/1992)

<sup>267</sup> JUR 2008\58353 (Rec. nº 520/2007)

<sup>268</sup> RJ 2009\3220 (Rec. nº 9414/2004)

Autores como GARCÍA LUENGO<sup>269</sup> ven excesivo tildar de nulos de pleno Derecho determinados vicios procedimentales o formales, pues, como apunta el autor, en aquellos casos en que se vean dificultados los derechos a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa (artículo 24 CE), ya se subsumirían en el supuesto de hecho previsto por la letra a) del artículo 47.1 LPAC. Por ello, salvo en los supuestos de ausencia absoluta de procedimiento, el autor no comparte la procedencia de esta causa de nulidad, con referencia además al principio de confianza legítima que se habrá originado en el destinatario del acto, quien confiará en que se ha seguido el procedimiento administrativo adecuado para su producción.

Sin embargo, otros como MELLADO RUIZ<sup>270</sup> se sitúan en una posición intermedia, reconociendo la existencia de vicios de carácter formal que, debido a su gravedad, deban ser determinantes de nulidad, y otros que no merezcan tal sanción, propugnando así un equilibrio que debe buscarse a través del “test de la trascendencia o relevancia sustancial de las irregularidades procedimentales” para determinar así la procedencia o no de la misma.

Con relación al segundo motivo, se encuentra en estrecha relación con el anterior, siendo, por emplear una similitud con la jerarquía de la clasificación biológica, una clase de *species* dentro del *genus* que constituye el primer supuesto. Así, se trata de vicios procedimentales específicos relacionados con la adopción de acuerdos por órganos colegiados *lato sensu*, casos en que la nulidad puede afectar, según el caso, a la convocatoria, a la constitución del órgano colegiado, a la adopción de acuerdos *stricto sensu* o al acta de la sesión, para lo cual habrá de estarse al caso concreto, dado que este tipo de órganos pueden estar regulados por diversa normativa<sup>271</sup> además de la básica contenida ahora en la LRJSP, concretamente en sus artículos 15 a 22.

MELLADO RUIZ<sup>272</sup> efectúa una enumeración de reglas que considera esenciales para una correcta formación de la voluntad de los órganos colegiados, a saber: las que afectan a la convocatoria, a la correcta constitución del órgano colegiado, a la adecuada

---

<sup>269</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 220

<sup>270</sup> MELLADO RUIZ, L.: “Supuestos de nulidad...”, op. cit., p. 1959

<sup>271</sup> Piénsese que no sólo la LPAC regula los órganos colegiados, por cuanto en otros ámbitos sectoriales existen normas específicas que regulan la cuestión, como es el caso de las Mesas de Contratación como forma de asistencia al órgano de contratación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que tiene una regulación complementaria en los artículos 326 y ss. de la LCSP.

<sup>272</sup> MELLADO RUIZ, L.: “Supuestos de nulidad...”, op. cit., pp. 1962-1963

elaboración y remisión de la orden del día, al establecimiento del *quórum* de asistencia y votación, al sentido de la votación de cada miembro y la deliberación previa, así como las relativas a la concreta composición del mismo, llegando a apuntar que sería defendible incluso la adición a estas reglas de aquellas relativas al cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, si bien para el autor únicamente deberían originar la nulidad las infracciones más graves a los mismos.

La jurisprudencia, por su parte, ha concretado que vician el acto de nulidad por omisión de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados supuestos como la convocatoria y presidencia de una Junta Patronal sin ostentar el cargo de presidente por haber sido cesado, por la plena inidoneidad subjetiva que supone realizar actos que son competencia del órgano cuya titularidad se ha perdido (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998<sup>273</sup>), así como se ha denegado la admisión de un recurso contencioso-administrativo por haber certificado, en acto suscrito por el presidente de un Colegio Profesional suspendido en sus funciones, el acuerdo de interposición del mismo (sentencia del Alto Tribunal de 28 de enero de 2003<sup>274</sup>), lo que denota la importancia práctica de este motivo de nulidad.

Sin embargo, como pone de manifiesto BOCANEGRA SIERRA<sup>275</sup>, determinados supuestos no han quedado suficientemente claros jurisprudencialmente, toda vez que, en ocasiones, no comportan nulidad, como sucede con la falta de respeto al plazo de la convocatoria salvo que se produzca efectivamente indefensión, como determinó el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de enero de 1997<sup>276</sup>, si bien supuestos como no convocar a uno de sus miembros, faltar el *quórum* de constitución o de adopción de acuerdos y la no inclusión de asuntos a tratar en el orden del día (salvo urgencia debidamente justificada en el expediente) sí originarían la nulidad de pleno Derecho.

---

<sup>273</sup> RJ 1998\8212 (Rec. nº 2102/1992)

<sup>274</sup> RJ 2003\975 (Rec. nº 4760/1998)

<sup>275</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 187

<sup>276</sup> RJ 1997\368 (Rec. nº 539/1988)



4.6. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (artículo 47.1.f LPAC)

Introducido novedosamente por la LRJPAC en 1992 ante la ausencia de previsión por la LPA de 1958, se mantiene esta causa de nulidad en la nueva LPAC. Autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>277</sup> justifican esta inserción en la preocupación del legislador por la regulación del silencio administrativo positivo, como forma de resolver satisfactoriamente para el interés público aquellos supuestos en que la tensión entre el principio de seguridad jurídica (que se inclinaría por conceder lo solicitado si operaba la institución del silencio administrativo), y el de legalidad (que no permitiría obtener por silencio aquello no permitido por el ordenamiento jurídico), así lo exigiese. Es decir, en definitiva, para poner límites a los efectos estimatorios del silencio administrativo, utilizando para ello la figura de la nulidad de pleno Derecho, que sólo deberá operar, a juicio de los citados autores, en caso de tratarse de una omisión de un requisito esencial del que adoleciese el acto, lo cual únicamente podrá determinarse caso por caso y, bajo mi punto de vista, nuevamente se trata de un supuesto tan abierto a interpretaciones, que dependerá del juzgador su calificación, lo cual resulta discutible, ya que los supuestos de nulidad deben, por naturaleza, aplicarse restrictivamente, puesto que en caso contrario sería la propia configuración o calificación de la nulidad la que iría en contra del principio de seguridad jurídica que previamente aquélla pretendía proteger.

A juicio de MUÑOZ MACHADO<sup>278</sup>, este motivo de nulidad trae causa de la legislación urbanística, siendo el artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1976 su antecedente directo, al no reconocer el otorgamiento por silencio administrativo de licencias urbanísticas ilegales, extendiendo ahora su aplicación a los actos expresos y a cualquier ámbito sectorial del ordenamiento jurídico-administrativo, y no sólo a la materia urbanística. Para este autor, en línea con la opinión anteriormente apuntada, esta categoría de nulidad debe reservarse para aquellos vicios de legalidad que consistan en la ausencia total de los presupuestos de hecho que deban concurrir

---

<sup>277</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 678

<sup>278</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 205

necesariamente, por lo que no lo sería cualquier ilegalidad, sino sólo aquellas infracciones más graves y manifiestas (en opinión también de BOCANEGRA SIERRA<sup>279</sup>, serán determinantes de nulidad absoluta), pues de lo contrario lo que procederá será declarar la anulabilidad o nulidad relativa del acto. Para MELLADO RUIZ<sup>280</sup>, el denominador común se centra no sólo en la carencia de un requisito esencial y determinante, sino también en que la Administración debe provocar la desaparición de la realidad jurídica de todos los efectos favorables para el interesado que no tiene, sustantivamente, derecho a ostentar.

No obstante lo anterior, debe reconocerse (al igual que hacía en su día la Exposición de Motivos de la LRJPAC) que este motivo de nulidad adquiere especial relevancia práctica, dado que supone la existencia de un acto dictado expresa o presuntamente (bien mediante resolución expresa, bien por operar el silencio administrativo en sentido positivo) reconociendo una facultad o derecho a un administrado sin que ostente los requisitos esenciales para ello, lo cual supone una clara vulneración del interés público protegido por la Ley, motivo por el cual se impone como consecuencia la máxima sanción posible, esto es, la nulidad absoluta o de pleno Derecho de dicho acto, expreso o presunto.

Aunque no abundan supuestos jurisprudenciales en relación con este motivo de nulidad, como bien apunta GARCÍA LUENGO<sup>281</sup>, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha apreciado su concurrencia, como en la sentencia de 30 de diciembre de 2008<sup>282</sup>, en la cual afirmó que la previa titularidad de una marca por parte de un sujeto es precisamente lo que hace incurrir al acto de concesión de la misma a un tercero en dicho vicio, puesto que el requisito esencial que ha sido vulnerado es la existencia de unos titulares legítimos que ven perturbado su derecho por la concesión de sus marcas a otros sujetos que no ostentan, por ende, los requisitos esenciales para el reconocimiento de dicho derecho.

---

<sup>279</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 188

<sup>280</sup> MELLADO RUIZ, L.: "Supuestos de nulidad...", op. cit., p. 1965

<sup>281</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 237, en la que describe un "panorama desolador" en relación con la aplicación de dicho precepto por parte de la jurisprudencia.

<sup>282</sup> RJ 2009\382 (Rec. nº 5885/2006)

#### 4.7. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal (artículo 47.1.g LPAC)

Como no podía ser de otra forma, el legislador fue consciente en su día de la elevada proliferación normativa que caracteriza al Derecho Administrativo, por lo que estableció este último motivo *numerus apertus*, para considerar vicios de nulidad de pleno Derecho, adicionalmente a las causas previstas en la norma básica común que resulta de aplicación a todos los procedimientos de las Administraciones Públicas en general, aquellos que se establezcan en otras disposiciones normativas con rango de Ley<sup>283</sup>, dada la necesidad de previsión legal de los motivos o causas de nulidad, lo que supone una necesaria limitación a la reglamentación en un aspecto tan relevante como es el establecimiento de causas de nulidad de pleno Derecho.

Así, aparecen nuevos motivos de nulidad absoluta en leyes sectoriales como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP, en adelante), que en su artículo 39 prevé como causas de nulidad, además de las previstas en el artículo 47 de la LPAC, la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar, así como la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, entre otras. Como puede observarse, únicamente algunas de las más graves infracciones del ordenamiento jurídico conforme al espíritu y finalidad de cada Ley sectorial son susceptibles de viciar de nulidad radical al acto administrativo.

También puede encontrarse un supuesto de nulidad establecido al margen de la LRJPAC en la Ley 22/1988, de 22 de julio, de Costas, la cual establece en su artículo 9.1 la nulidad absoluta de los actos administrativos en virtud de los cuales se atribuyan derechos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio

---

<sup>283</sup> Para un estudio con mayor detenimiento sobre el particular puede consultarse el artículo de GARCÍA LUENGO, J.: “Los supuestos de nulidad de pleno Derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común”, *Revista de Administración Pública*, nº 159, 2002, pp. 137 y ss.

público marítimo-terrestre, por lo que de todo ello puede advertirse que prácticamente en todos los ámbitos sectoriales aparecen regulaciones específicas al respecto.

Por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA, en adelante) establece así mismo la nulidad absoluta de los actos contrarios al contenido de las sentencias que se dicten con el fin de eludir su cumplimiento, causa que, a juicio de MUÑOZ MACHADO<sup>284</sup>, es consecuencia directa del efecto de cosa juzgada que, sin contenerse expresamente, podría ser apreciado por cualquier órgano jurisdiccional, dado que los actos que reproduzcan otros anteriores anulados pueden ser desconocidos por parte del tribunal sentenciador, con orden por parte de éste de ejecución directa de la sentencia.

#### 4.8. Otros motivos de nulidad

Adicionalmente, en el apartado 2 del artículo 47 de la LRJPAC se establecen otros supuestos de nulidad de pleno Derecho, contemplando así la nulidad absoluta de las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior (contraviniendo el principio de jerarquía normativa), así como aquellas que regulen materias reservadas a la Ley o las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales<sup>285</sup>.

Por último, debe apuntarse en este apartado la asistemática e incomprensible inclusión por el legislador de un nuevo supuesto de nulidad en el artículo 37.2 LPAC, consistente en el establecimiento de la nulidad absoluta de aquellos actos que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, sin que aún se pueda encontrar sentido a esta previsión que no casa con la regla de la anulabilidad del artículo 48.1, que tilda de anulables los actos administrativos que incurran en cualquier vulneración del ordenamiento jurídico, ya que de la dicción literal de ambos preceptos se desprende

---

<sup>284</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., pp. 208-209

<sup>285</sup> Contraviniendo por tanto lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución Española, que por su incardinación sistemática en el texto constitucional no sería susceptible de subsunción en el supuesto de hecho previsto en el apartado a) del artículo 47.1 de la LPAC examinado anteriormente, previsto únicamente para vulneraciones de los artículos 14 a 29 y 30.2 CE.

que actualmente es más grave la infracción reglamentaria que la legal, algo inexplicable en un ordenamiento jurídico en el que rige el principio de jerarquía normativa.

## 5. La nulidad relativa o anulabilidad

### 5.1. Delimitación

En Derecho Administrativo, como ya se ha adelantado con anterioridad, la regla general en materia de invalidez debe ser la anulabilidad del acto viciado, reservándose la nulidad absoluta para sancionar los vicios más graves en que pueden incurrir los actos, como ocurre también en Derecho Administrativo alemán, en parte debido al protagonismo que ostenta el principio de conservación de los actos administrativos en esta materia, por los motivos ya expuestos anteriormente.

Siguiendo a GALÁN VIOQUE<sup>286</sup>, en materia de anulabilidad resulta indispensable distinguir entre los vicios formales (que afectan al elemento formal del acto), que se examinarán en el siguiente apartado, y el resto de infracciones (que pueden afectar a los elementos objetivo, subjetivo o causal del acto) que constituyen por tanto vicios no formales, debiendo en primer lugar examinarse si el vicio se encuentra entre los constitutivos de nulidad absoluta y, en caso contrario, se reputan anulables salvo que se haya procedido a su convalidación.

Los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad se recogen en el artículo 48 de la LPAC, estableciendo su apartado primero que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, por lo que cualquier vicio de carácter material siempre determinará la anulabilidad salvo que se trate de un motivo determinante de nulidad radical. Este aspecto ha sido criticado por la doctrina, como LEGUINA VILLA<sup>287</sup> o CHINCHILLA<sup>288</sup>, ya

---

<sup>286</sup> GALÁN VIOQUE, R.: “Anulabilidad e irregularidades no invalidantes”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento...*, op. cit., pp. 2034-2035

<sup>287</sup> LEGUINA VILLA, J. en el Prólogo a la obra de CHINCHILLA MARÍN, M.C.: *La desviación de poder*, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1989

<sup>288</sup> CHINCHILLA MARÍN, M.C.: “Nulidad y anulabilidad”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coords.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, 1ª ed. reimpr., Madrid, 1993, p. 205

que a su juicio la desviación de poder es una de las más graves que pueden viciar el acto administrativo y, por ende, merecería la máxima sanción posible, de nulidad radical.

Además, debe tenerse en cuenta que no sólo lo constituye la infracción de Ley, sino también si se dicta un acto con infracción de lo dispuesto en una disposición reglamentaria, a pesar de que éste provenga de un órgano de igual o inferior rango (por supuesto también si es superior jerárquico, aunque en este caso vulneraría directamente el principio de jerarquía normativa), dado que los mismos gozan del privilegio de inderogabilidad singular, como apunta BOCANEGRA SIERRA<sup>289</sup>.

No obstante, como ya se tuvo ocasión de apuntar anteriormente, con la nueva regulación de la LPAC y su controvertido artículo 37, la vulneración de una norma reglamentaria parece tener cabida ahora en la figura de la nulidad absoluta, mientras que la infracción legal conlleva la mera anulabilidad, lo cual no deja de ser una *contradictio*. Podría interpretarse que, a pesar de ser calificado como vicio determinante de nulidad, el legislador realmente pretendía referirse a la anulabilidad (error terminológico), no obstante lo cual para ello no se hubiese incluido una previsión expresa, sino que se hubiese seguido aplicando, como hasta la fecha, la genérica dicción del artículo 48.1 LPAC, por lo que continúa en el limbo de lo inexplicable esta nueva previsión de la LPAC y habrá que esperar a una futura modificación legal o aclaración interpretativa por parte de los órganos jurisdiccionales que tengan ocasión de hacerlo al conocer algún supuesto concreto en que deba aplicar tal previsión. Para algún autor como GALÁN VIOQUE<sup>290</sup>, esta desafortunada previsión tiene su origen en la integración en la LPAC de lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG, en adelante), la cual disponía que “son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado”, no obstante lo cual ello no justifica la defectuosa regulación actual contenida en el artículo 37.2 LPAC. Por su parte, MELLADO RUIZ<sup>291</sup> entiende que este precepto debe interpretarse en el sentido de calificar como nulas únicamente aquellas dispensas

---

<sup>289</sup> En este sentido, BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...* op.cit., p. 197

<sup>290</sup> GALÁN VIOQUE, R.: “Anulabilidad e irregularidades...”, op. cit., pp. 2031-2032

<sup>291</sup> MELLADO RUIZ, L.: “De los actos administrativos: su eficacia y validez”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 178

singulares por parte de la Administración, para evitar así una desmesurada extensión de la aplicación de la nulidad absoluta.

Por su parte, la desviación de poder también se prevé expresamente como causa de anulabilidad en el artículo 48.1 *in fine* LPAC, y se define en el artículo 70.2.2º de la LICA como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, definición que también hace suya el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 16 de marzo de 1999<sup>292</sup>, encontrándose por tanto constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como al sometimiento de ésta a los fines que la justifican *ex* artículo 106.1 de la Constitución Española.

La desviación de poder, de acuerdo con la jurisprudencia citada, reúne las siguientes características:

- a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, por lo que cualquiera de éstos puede incurrir en desviación de poder.
- b) La actividad administrativa constitutiva de desviación de poder puede consistir bien en un hacer, bien en una deliberada pasividad (no hacer), cuando el órgano administrativo competente tenga la obligación de actuación positiva.
- c) Aunque la desviación de poder suele darse en la práctica en el seno de la actividad discrecional de la Administración, puede apreciarse también a la actividad reglada, con más razón si precisamente se ha intentado dar dicha apariencia para encubrir una desviación del fin público que tenía asignado.
- d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> RJ 1999\2901 (Rec. nº 343/1995)

<sup>293</sup> El propio Tribunal Supremo establece al respecto en la sentencia que, a pesar de que la doctrina jurisprudencial (con cita de las sentencias de 30 de noviembre de 1981 -RJ 1981\4611- y 10 de noviembre de 1983 -RJ 1983\5396-) ha sostenido tradicionalmente que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, otras infracciones del acto administrativo pueden haber posibilitado o ser medio para lograr la desviación de poder.

- e) Resulta viable, en materia probatoria, acudir a las presunciones que exigen unos datos acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil (CC, en adelante) que, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del CC, se desprenda que existe un fin distinto al previsto en la norma, correspondiendo además dicha prueba de los hechos a quien ejercita la pretensión, si bien ex artículo 1214 del mismo cuerpo legal se permite alterarlo casuísticamente aplicando el criterio de la finalidad en relación con el principio de buena fe procesal si hay datos fácticos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar excesivamente difíciles para la otra.
- f) Deben acreditarse los supuestos de hecho en que se funde la desviación, pues no puede fundarse en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, debiendo por tanto quedar patente que *en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio.*

A la vista de las notas características de la desviación de poder, puede apreciarse que la jurisprudencia, consciente de la dificultad que conlleva la prueba de su concurrencia, como también ha advertido GALÁN VIOQUE<sup>294</sup>, ha flexibilizado los criterios probatorios para su apreciación, lo cual resulta del todo necesario dada la posición de desventaja que suele ostentar el ciudadano frente a los, a veces desorbitantes, poderes de la Administración.

Debe tenerse en cuenta la existencia de supuestos en que la desviación de poder no puede tratarse como mero motivo de anulabilidad, sino que debería replantearse la cuestión para establecerlo como motivo de nulidad radical o absoluta, por cuanto en numerosas ocasiones aparece en conexión directa con los postulados del artículo 9.3 CE, concretamente al afirmar éste la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la consiguiente necesidad de motivación de los actos administrativos, cuya ausencia en algún caso, siempre y cuando se vulnere alguno de los derechos o libertades

---

<sup>294</sup> GALÁN VIOQUE, R.: “Anulabilidad e irregularidades...”, *op. cit.*, pp. 2045 y ss.



fundamentales de los artículos 14 a 29 y 30.2 CE, podrían dar lugar a la nulidad absoluta del acto.

También, a la vista de la causa de nulidad del apartado b) del artículo 47.1 LPAC, serán anulables aquellos actos dictados mediando incompetencia jerárquica, siguiendo la tradicional regulación vigente desde la LRJPAC la cual, separándose de la regulación de la LPA de 1958 (que declaraba nulos los actos dictados *por órgano manifiestamente incompetente*) rendía todo tipo de incompetencia, distinguió su tipología para extraer de las consecuencias más graves (nulidad absoluta) la jerárquica.

## 5.2. Los vicios de forma y la validez

Uno de los elementos que conforman el acto administrativo, junto con el objetivo, el subjetivo y el causal, es el elemento formal. En este último elemento deben distinguirse dos aspectos: (i) la forma en sentido estricto o forma de expresión del acto, que puede ser escrita<sup>295</sup> (así, el artículo 36.1 LPAC exige que “los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia”), oral, mímica, acústica o automática, y (ii) la motivación, como requisito de forma esencial del acto administrativo, por tratarse del requisito formal más importante del acto administrativo toda vez que constituye, como apunta BOCANEGRA SIERRA<sup>296</sup>, el elemento esencial para hacer posible el control, administrativo o judicial, de los actos administrativos.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>297</sup> incluyen entre los elementos formales al procedimiento administrativo *stricto sensu*, el cual definen como una ordenación unitaria de una pluralidad de operaciones expresadas en actos diversos

---

<sup>295</sup> Al respecto, debe tenerse en cuenta que no es lo mismo la producción del acto en forma escrita con la constancia de este por el mismo medio, toda vez que determinadas decisiones pueden adoptarse verbalmente -como los acuerdos de órganos colegiados, así las Mesas de Contratación-, si bien posteriormente deben hacerse constar tales acuerdos en actas, evidentemente escritas. En este sentido, el artículo 36.2 LPAC establece para este tipo de supuestos, con carácter general, que: “en los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido”.

<sup>296</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 85

<sup>297</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 607

realizados heterogéneamente por varios sujetos u órganos que se articulan en orden a la producción de un acto decisorio final. Así, estos autores ven el procedimiento como una serie de actos administrativos instrumentales que sirven al acto final, manteniendo no obstante su sustantividad jurídica independiente. Por el contrario, GARRIDO FALLA<sup>298</sup> entiende que la declaración contenida en el acto resolutorio es realmente resultado de su formación a través del procedimiento y, con cita de otros autores como FORTI, recuerda la posible distinción entre acto administrativo (refiriéndose al definitivo) y acto-procedimiento, dada la necesidad de la Administración de utilizar sus órganos internos para la formación de su voluntad, que el autor, a su vez, justifica en dos causas: (i) por tratarse la Administración de una persona moral, debe ésta formar su voluntad a partir de las correspondientes a los titulares de sus órganos; y (ii) por el exigido control judicial de la actuación administrativa propio del Estado de Derecho.

Alejándonos de estas disquisiciones teóricas y situándonos en una posición neutral observadora, lo cierto es que ambos planteamientos tienen su parte de razón, ya que realmente la formación de la voluntad administrativa debe formarse de la agregación sucesiva de actos con cierta dependencia (piénsese por ejemplo que un informe o dictamen puede tener gran relevancia en el acto resolutorio del procedimiento), pero también debe reconocerse cierta independencia a determinados actos (conocidos como actos separables o actos de trámite cualificados) para permitir, en determinadas circunstancias, su control a efectos de garantizar al administrado su derecho a la tutela judicial efectiva, como sucede por ejemplo en los procedimientos de adjudicación en materia de contratación pública, cuando la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de un licitador por haber presentado una oferta con valores anormalmente bajos o desproporcionados, caso en que se impide la continuación en el procedimiento al mismo y, por ende, debe permitírsele la impugnación ante un órgano imparcial (administrativo o judicial, según sea susceptible de recurso especial en materia de contratación pública o directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, respectivamente) a efectos de su adecuación o no a Derecho.

Precisamente en el ordenamiento jurídico español, el apartado segundo del artículo 48 de la LPAC se refiere a aquellos vicios de carácter meramente formal, los cuales sólo

---

<sup>298</sup> GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 619

determinarán la anulabilidad cuando (i) el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o (ii) de lugar a la indefensión de los interesados.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico-administrativo alemán rige el principio de libertad de forma ex § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG, reconociéndose incluso la forma electrónica desde la inclusión del § 3a VwVfG en el año 2003<sup>299</sup> y, más recientemente, la posibilidad de dictar actos administrativos automáticamente<sup>300</sup> a la que se hará referencia más adelante en el capítulo correspondiente<sup>301</sup>, por lo que la validez formal se refiere a que el acto haya sido dictado por el órgano competente, según el procedimiento establecido y respetando la forma exigida (nótese cómo el § 44 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG sanciona con la nulidad aquellos actos que no especifican el órgano que lo ha dictado), además del deber general de motivación exigido por el § 39 Abs. 2 VwVfG. Al igual que en nuestra regulación, los vicios formales son excepcionalmente anulatorios del acto, en tanto en cuanto rige el principio de economía procesal y así se recoge en el § 46 VwVfG. Aunque el § 44 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG prevea la sanción de nulidad en caso de no se haya empleado un determinado tipo de documento o instrumento establecido por la normativa al dictar el acto, lo cierto es que, desde la modificación operada en 1996, el § 46 VwVfG limita la invalidación del acto en aquellos casos en que es manifiesto que la infracción no ha influido sobre el fondo de la decisión adoptada, casos en los que se fomenta el mantenimiento del acto siempre y cuando no se aplique la nulidad del § 44 por infracción de preceptos sobre el procedimiento, la forma o la competencia territorial, pues en tal caso sí se verificaría la invalidez.

Igualmente, en el ordenamiento jurídico-administrativo italiano<sup>302</sup> se utiliza la fórmula del interés público para determinar si debe o no anularse un acto viciado en sus aspectos formales, como ha tenido ocasión de examinar, paralelamente con el precepto germano, ROMANO TASSONE<sup>303</sup>, exigiendo para su anulación que el elemento afectado

---

<sup>299</sup> DIETLEIN, J. y HEINEMANN, J.: "eGovernment und elektronischer Verwaltungsakt. Ein Überblick über das 3. VwVfÄndG", *NwVBl*, 2/2005, pp. 53-77

<sup>300</sup> Un examen reciente de las últimas novedades ha sido llevado a cabo por el reconocido autor alemán BULL, H.P.: "Der vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakt. Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von E-Government", *DVBl*, 7/2017, pp. 409-417

<sup>301</sup> *Vid.* Capítulo VII, apartado 1

<sup>302</sup> Para un estudio en profundidad de los vicios formales en el ordenamiento jurídico italiano puede consultarse LUCIANI, F.: *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003

<sup>303</sup> ROMANO TASSONE, A.: *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Ed. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 82

por un vicio formal tenga carácter esencial, como también ha precisado SANTI ROMANO<sup>304</sup>.

Como ha tenido ocasión de afirmar MUÑOZ MACHADO<sup>305</sup>, la jurisprudencia tiende en los supuestos de vicios formales a salvar la validez del acto, salvo en aquellas situaciones en las que se ha producido una indefensión realmente manifiesta o en las que, de no haberse producido, el resultado hubiese sido distinto, en aras al cumplimiento principalmente del principio de economía procesal, dado que no tiene sentido en muchas ocasiones proceder a la anulación del acto y consiguiente retroacción de las actuaciones administrativas para obtener el mismo resultado, teniendo además las partes durante el proceso contencioso-administrativo la posibilidad de alegar cuanto a su Derecho conviene.

En este sentido, en relación con la ausencia de requisitos del acto indispensables para alcanzar su fin, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 1990<sup>306</sup>, en la que estableció que únicamente producen la anulabilidad del acto aquellas infracciones formales de carácter esencial, es decir, cuando en el expediente se ha omitido algún trámite exigido preceptivamente por la Ley, y precisa que incluso no procedería la anulación si el vicio o la omisión formal de una concreta diligencia en la tramitación del expediente, en el supuesto de ser subsanado, no produciría variación alguna en el contenido y alcance jurídico del acto cuestionado.

Así mismo, en relación con los vicios formales del acto que dan lugar a indefensión de los interesados, puede citarse la sentencia del Alto Tribunal de 6 de marzo de 1998<sup>307</sup>, en la cual se estableció que el trámite de audiencia al interesado y la oportunidad, propiciada por la correcta comunicación de los actos administrativos (notificación), de ejercitar los derechos y recursos que reconoce el ordenamiento jurídico puede resultar vinculado al derecho de defensa (artículo 24.2 CE), para cuyo enjuiciamiento el juzgador debe constatar que se ha producido una auténtica situación de indefensión a los administrados, por lo que en estos supuestos no cabe generalizar y hay que examinar caso por caso para determinar si existe verdaderamente una situación de indefensión y,

---

<sup>304</sup> ROMANO, S.: *Corso di Diritto...*, op. cit., p. 223

<sup>305</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 211

<sup>306</sup> RJ 1990\1834

<sup>307</sup> RJ 1998\2741 (Rec. nº 12804/1991)

por tanto, el acto es susceptible o no de ser anulado. Ahora bien, como se adelantó anteriormente, en estos casos, siempre que en algún momento procedimental o procesal el administrado haya tenido ocasión de ejercer su defensa, raramente por este único motivo será anulado el acto. La misma solución se adopta en Derecho Administrativo alemán, en el que, si bien el § 28 Abs. 1 VwVfG exige siempre la audiencia al interesado antes de dictar el acto, el § 45 VwVfG posibilita que dicha audiencia sea posterior, e incluso en el proceso judicial contencioso-administrativo<sup>308</sup>.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>309</sup>, como regla general el vicio de forma es una presunción de ilegalidad del acto que únicamente debe prevalecer en caso de no ser posible probar la corrección sustancial del acto o la inexistencia de relación entre la falta de corrección y el vicio formal, caso en el que además el principio de economía procesal exige al juzgador pronunciarse sobre el fondo del asunto si hay elementos de juicio suficientes para ello, evitando la anulación y retroacción innecesarias.

Tradicionalmente, como se ha examinado sucintamente, los vicios formales de carácter esencial han sido empleados, fundamentalmente, para aquellos casos en que se genera indefensión, para salvaguardar en estos casos los derechos fundamentales de los interesados, mientras que el resto de los vicios de forma han sido generalmente poco empleados por la jurisprudencia para determinar, o no, la invalidez de un acto. Así lo afirma MELLADO RUIZ<sup>310</sup>, para quien existe una deriva relativizadora de las consecuencias invalidantes de los vicios formales o procedimentales frente a los materiales o de fondo, relativización que se decide, fundamentalmente, en la producción o no de indefensión. Este autor defiende que es necesario establecer cierto equilibrio funcional entre la posibilidad de reconocer la imprescriptibilidad de la revisión de vicios formales evidentes y ostensibles y la no paralización de procedimientos por vicios formales subsanables o convalidables, aspecto que se proyectará en el Capítulo correspondiente del presente trabajo<sup>311</sup> relativo a las técnicas de sanación de los actos.

---

<sup>308</sup> En este sentido, también MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., pp. 286-287

<sup>309</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 697

<sup>310</sup> MELLADO RUIZ, L.: "Supuestos de nulidad...", op. cit., p. 1956

<sup>311</sup> Vid. Capítulo VIII, apartado 2

No obstante, en el nuevo soporte electrónico, este tipo de vicios de carácter formal pasan a un primer plano. Por tanto, se tornan en cuestión fundamental, como se irá viendo en sucesivos capítulos, determinar en cada caso si los incumplimientos formales relacionados con dicho soporte electrónico, tanto en actos como en documentos administrativos, resultan esenciales o no, para determinar así las consecuencias jurídicas que ello origina en el plano de la invalidez, dado que el artículo 26.2 LPAC, de aplicación a todos los documentos administrativos dictados en soporte electrónico (y, en consecuencia, también a los actos administrativos dictados en dicho soporte), contiene nuevos requisitos formales cuya inobservancia, en función de su propia naturaleza y finalidad (téngase en cuenta que en este nuevo escenario son los requisitos de carácter tecnológico los que darán soporte a las garantías jurídicas), podrá ser esencial o no y, en consecuencia, dar lugar a la invalidez del acto o no.

Por su parte, el apartado tercero del artículo 48 de la LPAC establece una regla de temporalidad, al disponer que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido sólo implica la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo. Como se desprende de la dicción literal del precepto, la actuación administrativa excediendo los límites temporales establecidos normativamente no conlleva en todo caso la anulabilidad del acto, gozando por tanto la Administración en la práctica de cierta discrecionalidad temporal en la tramitación del procedimiento administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir el funcionario responsable de su tramitación y los efectos que, en su caso, puedan producir las instituciones de la caducidad o el silencio administrativo en el procedimiento administrativo.

Así, en determinados supuestos como en el procedimiento sancionador o el disciplinario, las consecuencias varían, toda vez que en éstos el transcurso del plazo máximo para resolver sin dictarse resolución conlleva la caducidad del procedimiento y, por ende, una resolución sancionadora tardía adolecería de anulabilidad, puesto que en casos de caducidad lo procedente es archivar las actuaciones y reiniciar el procedimiento, siempre que, por el transcurso del tiempo, no haya operado la prescripción, ya que dicho efecto es, siguiendo a GALÁN VIOQUE<sup>312</sup>, consecuencia del

---

<sup>312</sup> GALÁN VIOQUE, R.: "Anulabilidad e irregularidades...", *op. cit.*, p. 2055

principio de seguridad jurídica. Igualmente, en supuestos en que opera el silencio administrativo positivo, la Administración sólo podrá revisar dicho acto presunto iniciando un procedimiento de revisión *ad hoc*, puesto que, una vez excedido el plazo máximo para resolver y notificar, en supuestos en que el ordenamiento jurídico reconoce la positividad del silencio administrativo, aquélla sólo puede confirmar dicho sentido del silencio en caso de ser solicitado por el interesado, a través de la correspondiente certificación administrativa.

## **6. Las meras irregularidades no invalidantes**

Por último, debe hacerse una breve referencia a las meras irregularidades no invalidantes, que como su propia denominación establece, apunta a vicios que no determinan en ningún caso la invalidez del acto. Así, el artículo 109.2 de la LPAC otorga a las Administraciones Públicas la facultad de que puedan rectificar, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, aritméticos o de hecho existentes en sus actos, casos en los que su validez no estaría afectada, simplemente se trataría de un error rectificable. La errónea ubicación sistemática del precepto ha sido criticada con razón por CARBONELL PORRAS<sup>313</sup>, al no corresponderse con la revisión de actos en vía administrativa regulados en el apartado 1 del mismo y preceptos precedentes, reconociendo a su vez la enorme permisividad conferida a la Administración para proceder a dicha rectificación, pudiendo hacerlo en cualquier momento y sin ningún trámite específico. Dada la permisividad del legislador, la misma autora<sup>314</sup> advierte que se presta a abusos por parte de algunas Administraciones, motivo por el cual el criterio jurisprudencial es restrictivo y reservado a equivocaciones elementales en nombres, fechas o transcripciones de documentos.

También la Ley de Procedimiento Administrativo alemana regula estas irregularidades en el § 42 VwVfG, pudiendo ser, como apunta RAMSAUER<sup>315</sup>, rectificadas en cualquier

---

<sup>313</sup> CARBONELL PORRAS, E.: “Revisión de actos en vía administrativa”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 2362

<sup>314</sup> CARBONELL PORRAS, E.: “Revisión de actos...”, *op. cit.*, p. 2364

<sup>315</sup> RAMSAUER, en el comentario que efectúa al § 42 VwVfG en la obra KOPP, F.O., RAMSAUER, U., TEGETHOFF, C. y WYSK, P.: *Verwaltungsvehfahrgesetz Kommentar*, C.H. Beck Verlag, Nördlingen, 2017, p. 1011

momento, al tratarse de meros errores de cálculo o de escritura que no originan la invalidez del acto<sup>316</sup>, sin que pueda aplicarse en este caso, a juicio de MAURER<sup>317</sup>, el principio de protección de la confianza aplicable a actos favorables en caso de proceder una revisión de oficio del acto, autor que además hace referencia ya a que estos errores pueden surgir en actos generados automáticamente, como la obtención de un carnet de estudiante, la factura para el pago de un suministro o similares.

En el ordenamiento jurídico-administrativo italiano también se reconoce la posibilidad de rectificación de lo que conoce como *irregolarità minimale*, que se corresponde con las meras irregularidades no invalidantes de nuestra regulación, si bien la doctrina apunta a una nueva irregularidad que introdujo la Ley 241/1990, conocida como *irregolarità forte*, que no llega a ser tan mínima ni llega a ser causa de invalidez, que sirve para solucionar determinados supuestos que la propia Ley creadora establece y que, en determinados casos, produce más dudas que claridad a la figura, y continúa en debate por la doctrina y la jurisprudencia italianas, como ha tenido ocasión de examinar LUCIANI<sup>318</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con los requisitos que deben verificarse para que proceda la apreciación del error y su corrección pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 29 de septiembre de 2011<sup>319</sup>, en la que sostuvo la exclusión de esta figura de los errores de concepto; y, así, el mismo exige:

- a) Que el error resulte ajeno a cualquier valoración, opinión, o criterio de aplicación, quedando fuera de esta categoría los errores de Derecho, esto es, los que precisan de interpretación o requieran de una valoración jurídica.
- b) Que se trate de un error evidente y palmario, que pueda comprobarse simplemente a partir del propio expediente administrativo.
- c) Que la rectificación no varíe el contenido objetivo del acto corregido.

---

<sup>316</sup> STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar...*, op. cit., pp. 1570 y ss.

<sup>317</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., p. 308

<sup>318</sup> LUCIANI, F.: "L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico" en CERULLI IRELLI, V. y DE LUCIA, L. (Dirs.): *L'invalidità amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 46

<sup>319</sup> RJ 2012\981 (Rec. nº 2488/2008)



Por tanto, tal y como afirmó el Alto Tribunal en su sentencia de 31 de enero de 1994<sup>320</sup>, la mera corrección de un error material, aritmético o de hecho no supone la revocación del acto administrativo, pudiendo corregirse o rectificarse en cualquier momento por la propia Administración cuando lo aprecie o bien cuando el administrado inste su rectificación (por ello el propio precepto permite que se lleve a cabo “*de oficio o a instancia de los interesados*”), mientras que en el caso de que tales errores hayan conducido a la formación de la voluntad administrativa será necesario anular el acto a través de los procedimientos legalmente establecidos para ello.

---

<sup>320</sup> RJ 1994\504 (Rec. nº 1351/1991), cit. por GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Thomson Civitas, Tomo II, 4ª ed., Madrid, 2007, p. 2560

## **SEGUNDA PARTE: LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO**

### **CAPÍTULO III: MARCO NORMATIVO DE LOS ACTOS Y DOCUMENTOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO Y TEORÍA GENERAL DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE SU INCUMPLIMIENTO**

A fin de analizar la validez e invalidez de los actos y documentos en soporte electrónico resulta indispensable conocer en primer lugar su régimen jurídico, identificando las normas que establecen los concretos requisitos que deben reunir tales actuaciones.

Se realiza a continuación un acercamiento sintético al marco normativo existente, en especial a las normas técnicas de interoperabilidad, consiguiendo así también proporcionar una visualización de la amplia dimensión técnico-regulatoria a que se encuentra sometido todo acto o documento administrativo en soporte electrónico dado que, de acuerdo con SANZ LARRUGA<sup>321</sup>, se ha evolucionado de una gestión electrónica de documentos a la gestión de documentos electrónicos.

Además, y como segunda parte de este Capítulo, se anticipa aquí la evidencia de que resulta necesario instaurar una nueva categoría en el seno de la invalidez, referida al incumplimiento de los requisitos de los documentos electrónicos, pues a pesar de que a veces no adquiera alcance invalidante, tampoco puede afirmarse su validez sin más. Esta nueva categoría que se propone en este Capítulo con carácter general, orienta la interpretación jurídica en el análisis del alcance del incumplimiento de los requisitos de los documentos en soporte electrónico que se desarrolla en todo el resto del trabajo.

#### **1. El régimen jurídico de los actos y documentos administrativos en soporte electrónico**

##### **1.1. Los documentos y actos administrativos en soporte electrónico en la LPAC**

Con el fin de efectuar un acercamiento al régimen jurídico básico de los actos y documentos en soporte electrónico se debe traer a colación el tenor literal de artículo

---

<sup>321</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Gestión documental”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., p. 915

26.2 LPAC, que establece los requisitos exigibles a todo documento administrativo electrónico, con el siguiente tenor literal:

“Para ser considerados válidos, los documentos electrónicos administrativos deberán:

- a) Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.
- b) Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.
- c) Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.
- d) Incorporar los metadatos mínimos exigidos.
- e) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

Se considerarán válidos los documentos electrónicos que, cumpliendo estos requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos”.

Como puede apreciarse, se exigen una serie de requisitos para entender válidamente generado un documento administrativo en soporte electrónico, algunos de ellos de contenido evidente, como que el documento contenga algún tipo de información, siendo por tanto el objeto material del documento administrativo, a juicio de SANZ LARRUGA<sup>322</sup>, cualquier información o actuación procedente de una Administración, y se identifique y diferencie, sin perjuicio de que un mismo documento pueda formar parte de dos expedientes distintos, por ejemplo, gracias a que se le exige que disponga de datos de identificación que lo hagan único e individualizado, y otros menos evidentes para un ciudadano común pero igualmente necesarios, como los metadatos, ya que gracias a éstos, como se verá, se podrá distinguir un original de su copia, o se podrá hacer constar el órgano del que proviene, así como el expediente original en el que se encontraba.

Alguno de los requisitos exigidos adquiere mayor relevancia, razón por la cual se le dedica un Capítulo específico, como es la necesidad de incorporar la firma electrónica<sup>323</sup>, ya que no es equiparable la importancia que tenía en soporte papel la rúbrica manual a

---

<sup>322</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Gestión documental...”, *op. cit.*, p. 938

<sup>323</sup> *Vid.* Capítulo IV, apartado 3

la que tiene en soporte electrónico la tecnología en que consiste la firma electrónica, como se verá.

Resulta fundamental tener presente que la LPAC ha optado por exigir los requisitos previamente transcritos no sólo a los actos administrativos, sino que ha ampliado su *ratio*, exigiéndolo de todo documento administrativo generado en soporte electrónico, sea cual sea su naturaleza.

Se encuentra generalmente admitido, siguiendo a autores como VALCÁRCEL FERNÁNDEZ<sup>324</sup>, que el documento administrativo no siempre se corresponde con el acto administrativo ni con su soporte, en tanto en cuanto son tres realidades distintas con un régimen jurídico diferenciado.

Por ende, en el ámbito de la administración electrónica no sólo los actos administrativos electrónicos (que no son sino una *specie* dentro del *genus* del más amplio concepto de documento administrativo electrónico) deberán cumplir los requisitos legalmente exigidos ex artículo 26.2 LPAC, sino que las copias, los informes y, en definitiva, todo documento *lato sensu* de naturaleza administrativa emitido en soporte electrónico, vinculará su propia “validez” al cumplimiento de aquéllos.

Debe advertirse que este precepto, además de establecer los requisitos *sine qua non* del documento administrativo electrónico, incluye *in fine* una previsión que, faltando a una técnica jurídica precisa, confunde y mezcla los requisitos de “validez” del documento - apartados a) a e)- con los requisitos de eficacia del mismo, al hacerse expresa mención al medio electrónico en que debe trasladarse el mismo al destinatario, supeditándose así su “validez” a su correcta transmisión por el medio establecido, cuando este extremo, como se ha apuntado en capítulos precedentes de este trabajo, influye en el despliegue o no de los efectos que le son inherentes, esto es, en la eficacia del mismo, pero no en la validez propiamente dicha; igualmente, en el caso de los actos administrativos, se incardina en la denominada eficacia de los mismos, sin influir por tanto en su validez. Además, tampoco se ha regulado qué medios y en qué condiciones se verificaría. Es bien sabido que los medios electrónicos para transmitir un documento son variados, y no todos ellos reúnen los requisitos necesarios, por lo que, en cualquier

---

<sup>324</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Documentos y archivos electrónicos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.): *administración electrónica y ciudadanos*, Ed. Thomson-Reuters-Civitas, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 542

caso, deberá entenderse que se ponga a disposición de su destinatario a través de la sede electrónica o Dirección Electrónica Habilitada y, en caso de tratarse de transmisiones documentales entre Administraciones Públicas, a través de los canales seguros de comunicación que se establezcan, siempre que reúnan las garantías necesarias de integridad y seguridad de la información.

En este sentido, adicionalmente al artículo 26 LPAC, se establecen en el artículo 44.1 LRJSP otros requisitos de los documentos electrónicos a efectos de autenticación e identificación electrónica de los emisores y receptores, para aquellos casos en que los mismos sean transmitidos en entornos cerrados de comunicación establecidos entre Administraciones Públicas, órganos, organismos públicos y entidades de Derecho público, de forma que cuando los participantes en las citadas comunicaciones pertenezcan a una misma Administración, ésta debe determinar (reglamentariamente) las condiciones y garantías por las que se regirá, y tendrá que regular, como mínimo, los emisores y receptores autorizados y la naturaleza de los datos objeto de intercambio (artículo 44.2 LPAC), exigiéndose en todo caso garantizar la seguridad del entorno cerrado en el cual se intercambien los documentos, así como la protección de los datos transmitidos (artículo 44.4 LPAC).

También se prevé, para el caso de tratarse de un intercambio de datos entre distintas Administraciones Públicas, que en tal caso se lleve a efecto mediante convenio<sup>325</sup> previamente suscrito en el que se garanticen los requisitos establecidos de la comunicación.

## 1.2. El ENS, el ENI y las Normas Técnicas de Interoperabilidad

En materia de administración electrónica debe tenerse en cuenta la existencia de un elevado número y extensa tipología de Administraciones Públicas lo cual, unido al principio de descentralización existente en nuestro país, debido a la organización

---

<sup>325</sup> La regulación de los convenios se encuentra ahora en el Capítulo VI del Título Preliminar de la LPAC, concretamente en los artículos 47 a 53, debiendo tenerse en cuenta el Acuerdo alcanzado en Consejo de Ministros, el 15 de diciembre de 2017, por los Ministerios de Presidencia y para las Administraciones Públicas, y de Hacienda y Función Pública, que recoge las instrucciones a seguir para la tramitación de convenios en los que, al menos, uno de los firmantes sea la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes.

territorial constitucionalmente establecida, distribuida en un poder central (Estado), Comunidades Autónomas y Entes Locales, propicia la existencia de diferentes soluciones tecnológicas que pueden no sólo generar problemas de compatibilidad, sino también generar un gasto innecesario por no encontrarse unificado su desarrollo ni su implantación, habiéndose desarrollado en los últimos tiempos distintas soluciones en paralelo para un mismo fin. Estas soluciones, de haberse llevado a cabo de forma coordinada, hubiesen permitido una disminución considerable del gasto público (por cuanto el desarrollo normalmente ha sido objeto de licitación para su ejecución por el sector privado) y una automática interoperabilidad<sup>326</sup>, dado el carácter poliédrico de ésta, como afirma CERRILLO MARTÍNEZ<sup>327</sup> tras examinar su relevancia, concluyendo que el propio Derecho puede ser el motor o una barrera a su consecución. De hecho, algún autor como MARTÍNEZ GUTIÉRREZ<sup>328</sup> ha reclamado la consideración de la interoperabilidad como nuevo principio jurídico, lo cual desde luego tiene incluso mayor justificación en la vigente normativa reguladora de la actividad administrativa.

La existencia de normas técnicas en Derecho Administrativo no es algo novedoso, como pudiera pensarse, y de hecho algún autor<sup>329</sup> se ha dedicado al estudio de la cuestión y afirma la estrecha vinculación de este ámbito jurídico concreto del *iuspublicismo* con la técnica, hasta el extremo de denominarse al Derecho Administrativo en sus inicios como el Derecho de la Técnica<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup> Todo ello, por resultar más onerosa la adaptación de los sistemas y arquitecturas tecnológicas desarrolladas por aquellos que pretendieron ser pioneros y comenzaron pronto su andadura en la e-Administración, pero siguieron criterios que difieren de los que finalmente han sido generalmente aceptados, que para aquellas Administraciones que hayan comenzado o comiencen su desarrollo desde sus inicios con estricta observancia de las normas técnicas de interoperabilidad actuales.

<sup>327</sup> CERRILLO MARTÍNEZ, A.: "Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la administración electrónica", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 762

<sup>328</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Ed. Thomson-Reuters Civitas, 1ª ed., Madrid, 2009, p. 275

<sup>329</sup> TARRÉS VIVES, M.: *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, aunque puede consultarse para una esquemática visualización de la cuestión el artículo del mismo autor rubricado "Las normas técnicas en Derecho Administrativo", *Documentación Administrativa*, nº 256-266, 2003, pp. 151 y ss.; también CARRILLO DONAIRE, J.A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000 e IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000

<sup>330</sup> TARRÉS VIVES, M.: "Las normas técnicas...", *op. cit.*, p. 152

El autor sitúa el origen de esta tipología normativa en los necesarios condicionamientos que, desde el siglo XIX, se establecían para la construcción del ferrocarril o la propia industria<sup>331</sup>, actividades para las cuales, a su vez, era necesaria la utilización de instrumentos jurídico-administrativos como la expropiación forzosa o la autorización administrativa de instalaciones industriales, respectivamente.

En la actualidad, los Estados soberanos (entre los que se incluye España) no son ajenos en absoluto al fenómeno tecnológico y la búsqueda de la armonización normativa llevada a cabo por las diversas instituciones de la Unión Europea, como efectúa, en materia de identificación, autenticación y firma electrónica, el Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE<sup>332</sup> -en adelante, también Reglamento (UE) 910/2014, ReIDAS o el Reglamento-, y es por este motivo que la normativa de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público actualmente vigente ha reconocido a la interoperabilidad como eje vertebrador del sistema. Así, en el propio Preámbulo de la LRJSP se contempla, como principio de actuación, la interoperabilidad de los medios electrónicos y sistemas y la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos, concretándose posteriormente en el artículo 3.2, al establecer que las Administraciones Públicas, cuando se relacionen entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes de ellas a través de medios electrónicos, deberán asegurar la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones tecnológicas que adopten.

Así mismo, se cita dicho principio específicamente al tratar la sede electrónica (artículo 38), el aseguramiento e interoperabilidad de la firma electrónica (artículo 45), los Esquemas Nacionales de Seguridad e Interoperabilidad (artículo 156), la reutilización de sistemas y aplicaciones propiedad de la Administración (artículo 157.3), la transferencia de tecnología entre Administraciones (artículo 158) y al regular las funciones de la

---

<sup>331</sup> Otro autor cita en este sentido la normativa de mediados del siglo XX dictada en materia de ferrocarriles con el fin de estandarizar los anchos de vía para permitir a las máquinas de ferrocarril circular de un país a otro, *vid.* MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 2893.

<sup>332</sup> También ha sido denominado “Reglamento eIDAS”, por las siglas en inglés de *Electronic Identification and Trust Services*.

Comisión Sectorial de administración electrónica (Disposición Adicional novena) encargada, como mínimo, de asegurar la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones Públicas, impulsar el desarrollo de la administración electrónica en España y asegurar la cooperación entre las Administraciones Públicas para proporcionar información administrativa clara, actualizada e inequívoca, materias, como puede apreciarse, para las que la interoperabilidad resulta crucial.

En nuestro ordenamiento jurídico adquieren gran importancia dos normas reglamentarias de carácter técnico que establecen un marco común para todas las Administraciones Públicas españolas en materia de interoperabilidad<sup>333</sup>, a saber: el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la administración electrónica (ENS, en adelante), y el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la administración electrónica (ENI, en adelante). Por la fecha que datan, son anteriores a los textos vigentes de la LPAC y LRJSP, por lo que fueron aprobados con la LAECSP en vigor y, por supuesto, en gran parte debido al gran impulso que su vigencia trajo consigo para las Administraciones Públicas españolas.

En relación con el ENS<sup>334</sup>, el mismo tiene por objeto, como prevé el artículo 156.2 LRJSP y el propio texto normativo, establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos y está constituido por principios básicos y requisitos mínimos que permiten una protección adecuada de la información, pues la propia Administración es consciente de que los ciudadanos confían (o ello es lo que se pretende) en que los servicios disponibles por medios electrónicos se presten en unas condiciones de seguridad equivalentes a las que se encuentran cuando acuden personalmente a las oficinas o servicios de atención al ciudadano. Aunque, si tales medidas son implantadas

---

<sup>333</sup> Para un estudio de la cuestión en relación con el Marco Europeo de Interoperabilidad con referencias a los modelos italiano y español puede consultarse GAMERO CASADO, E.: "Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor", *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009, pp. 291-332

<sup>334</sup> Una relevante aportación doctrinal sobre el particular puede consultarse en FONDEVILA ANTOLÍN, J.: "Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., pp. 598-674



correctamente, debe tenerse en cuenta que la tramitación electrónica puede ser incluso más segura que la física o presencial<sup>335</sup>.

A tal fin, el ENS pretende crear las condiciones necesarias de confianza en el uso de los medios electrónicos -en el mismo sentido que el ReIDAS, como se verá, si bien en este caso con un marcado carácter técnico y muy orientado a la interoperabilidad segura-, estableciendo para ello medidas para garantizar la seguridad de la información y los servicios electrónicos, que permita a los ciudadanos y a las Administraciones Públicas el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos, respectivamente, debiéndose, a tales efectos, establecer una política de seguridad en la utilización de medios electrónicos, introducir los elementos comunes que han de guiar la actuación de las Administraciones Públicas en materia de seguridad de las tecnologías de la información, aportar un lenguaje común (tanto a nivel de usuario como de programación) para facilitar la interacción de las Administraciones Públicas, y la comunicación de los requisitos de seguridad de la información al sector privado empresarial (piénsese, por ejemplo, en la necesaria interoperabilidad entre las aplicaciones o plataformas de contratación pública<sup>336</sup> de las distintas Administraciones y los requisitos que para ello deben tener las empresas licitadoras que deseen contratar con la Administración), así como aportar un tratamiento homogéneo de la seguridad que facilite la cooperación en la prestación de servicios de administración electrónica cuando participan diversas entidades públicas.

En virtud del ENS, las Administraciones Públicas deben establecer una política de seguridad, incluyendo la definición de roles y la asignación de responsabilidades a los

---

<sup>335</sup> Piénsese en los altos niveles de seguridad que proporciona el simple hecho consistente en que todos los datos de un expediente electrónico sean incorporados y posteriormente conservados electrónicamente, de forma que no puedan ser eliminados sin dejar un rastro o traza electrónica de dicha eliminación y su autoría e, incluso, una vez formen parte de un archivo en fase de conservación, no sea posible ni tan siquiera la destrucción intencionada del mismo. Incluso, llegando más allá, en caso de eliminación (intencionada o no) se podrían recuperar gracias a los *backups* o copias de seguridad de la información que regularmente deben hacer los sistemas informáticos de cada ente público con el fin de que, como establece el ENS, “*permitan recuperar datos perdidos accidental o intencionadamente con una antigüedad determinada*” (apartado 5.7.7).

<sup>336</sup> Téngase en cuenta al respecto que la Administración General del Estado ha desarrollado una Plataforma de Contratación del Sector Público para todos los entes y organismos dependientes de ella, si bien la ha puesto a disposición del resto de entes públicos españoles, pudiendo establecerla éstos como su propio perfil de contratante. La conexión a la Plataforma puede hacerse vía web, o bien pueden establecerse sistemas de comunicación entre máquinas, siempre y cuando sean interoperables entre sí, lo que denota la importancia de esta cuestión.

distintos sujetos intervinientes (téngase en cuenta la importancia de este aspecto en relación con los documentos o actos administrativos que cada sujeto puede dictar y a los que, por ende, debe incorporarles su firma electrónica, garantizando así su autoría, entre otros), categorizar los sistemas atendiendo a la valoración de la información manejada y de los servicios prestados, realizar un análisis de riesgos (incluyendo la valoración de las medidas de seguridad existentes y, en su caso, las correcciones oportunas), preparar y aprobar la Declaración de aplicabilidad de las medidas del Anexo II del ENS y elaborar un plan de adecuación para la mejora de la seguridad, para lo cual será de gran importancia el resultado de las auditorías de seguridad que así mismo impone el propio ENS.

Para complementar los objetivos y finalidades del ENS, conforme dispone el artículo 156.1 LRJSP y el propio texto normativo, el ENI establece el conjunto de criterios y recomendaciones de seguridad, normalización y conservación de la información, de los formatos y aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones Públicas para asegurar un nivel adecuado de interoperabilidad<sup>337</sup> organizativa, semántica y técnica<sup>338</sup> de los datos, informaciones y servicios que gestionen en función de sus competencias<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Resultan de obligada consulta las aportaciones de GAMERO CASADO, E.: “Funcionamiento electrónico del sector público”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Colección Instituto García Oviedo, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016; *vid.* también MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: “Relaciones interadministrativas por...”, *op. cit.*

<sup>338</sup> En este sentido, la interoperabilidad organizativa supone el establecimiento y la publicación, por parte de las Administraciones Públicas, de las condiciones de acceso y utilización de los servicios, datos y documentos electrónicos que pongan a disposición del resto de Administraciones, debiendo especificar las finalidades, modalidad de consumo, consulta o interacción, requisitos de los usuarios, perfiles de los participantes, protocolos y criterios funcionales y técnicos necesarios para el acceso a los servicios, así como las condiciones de seguridad. Por su parte, la interoperabilidad semántica supone la obligación de establecer y mantener actualizada una relación de modelos de datos de intercambio comunes, a través de la publicación y aplicación de los modelos de datos de intercambio, así como los relativos a infraestructuras, servicios y herramientas comunes, a través del Centro de Interoperabilidad Semántica de la Administración y teniendo en cuenta la necesidad de remisión de determinados datos a los órganos competentes en materia estadística. Por último, la interoperabilidad técnica supone el establecimiento obligatorio para las Administraciones Públicas del uso de estándares abiertos o, complementariamente, de uso generalizado por los ciudadanos, en las condiciones previstas en la normativa para garantizar la independencia en la elección, la adaptabilidad al progreso y la no discriminación de los ciudadanos por razón de su elección tecnológica, conforme con lo dispuesto por el artículo 11 del ENI.

<sup>339</sup> Al respecto puede consultarse la Comunicación COM (2017) 134 final, de 23 de marzo de 2017, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Debe tenerse en cuenta que, por otra parte, gracias a la adecuada interoperabilidad se evita también la discriminación de los ciudadanos por su elección tecnológica, por lo que debe ser piedra

Gracias a las normas técnicas de interoperabilidad aprobadas para cada ámbito concreto de actuación, que podrían denominarse “derivadas” y, más concretamente, con su aplicación práctica, se consiguen los objetivos y finalidades marcados por el ENI, en especial los principios específicos de la interoperabilidad, que deben estar presentes desde un primer momento de concepción de los servicios y sistemas y a lo largo de su ciclo de vida<sup>340</sup>.

En este sentido, dando cumplimiento a las exigencias de la Disposición Adicional primera del ENI, mediante sendas resoluciones, todas ellas de 19 de julio de 2011 (publicadas en el Boletín Oficial del Estado de 30 de julio posterior), se aprobaron por la Secretaría de Estado para la Función Pública las Normas Técnicas “derivadas” referidas anteriormente, concretamente las Normas Técnicas de Interoperabilidad de Documento Electrónico (NTIDE), de Digitalización de Documentos (NTIDD), de Expediente Electrónico (NTIEE), de Política de Firma Electrónica y de Certificados de la Administración<sup>341</sup> (sustituida posteriormente por la NTI de Política de Firma y Sello

---

angular en la toma de decisiones tecnológicas por la Administración, que deberá garantizarlo de forma además compatible con la Estrategia Europea de Interoperabilidad y el Marco Europeo de Interoperabilidad, con el fin de incorporar elementos equivalentes del ámbito europeo, de forma que nacionales de todos los Estados miembros puedan realizar trámites con las distintas Administraciones Públicas -en consonancia también con la finalidad del ReIDAS- y, lo que es igualmente importante, que aquéllas puedan interoperar entre sí e intercambiar información sin obstáculos de carácter técnico.

<sup>340</sup> Otras finalidades previstas son la búsqueda de soluciones multilaterales en lugar de individuales; la llamada interoperabilidad organizativa, consistente en incluir la publicidad de servicios a través de la Red de comunicaciones de las Administraciones (Red SARA, en adelante); la utilización de nodos interoperables; el aprovechamiento de las infraestructuras y los servicios comunes existentes como elementos de dinamización, simplificación y propagación de la interoperabilidad, asumiendo en la medida de lo posible las infraestructuras y servicios comunes que proporcione la Administración General del Estado, como sucede con la Plataforma de Contratación del Sector Público a la que pueden adherirse el resto de Administraciones Públicas que así lo deseen; la utilización preferente de la Red SARA para comunicarse entre sí y a la que deben conectar sus redes y nodos de interoperabilidad, aplicando el Plan de Direccionamiento de la Administración e Interconexión de Redes en la Administración (la última edición electrónica se encuentra disponible en la dirección web: [http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/CATALOGO\\_SEFP/063\\_Plan\\_Direccionamiento-CORRECCION-2.pdf](http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/CATALOGO_SEFP/063_Plan_Direccionamiento-CORRECCION-2.pdf) -consulta efectuada el 12/10/2018-) y la reutilización de licencias de las aplicaciones o software, de la documentación asociada, así como puesta en marcha de un sistema común de directorios de aplicaciones reutilizables susceptibles de consulta por parte de las Administraciones y publicación del código fuente o, al menos, la parte de éste que permita su adaptación o desarrollo, por técnicos y profesionales de la programación, para la Administración de que se trate, conforme a lo previsto en los artículos 158 de la LRJSP y 17 del ENI.

<sup>341</sup> Debe tenerse en cuenta que incluso el ENI, anterior al ReIDAS, fue previsor y adelantó muchos aspectos de este, lo que denota su adecuada calidad técnica. Tanto en el Anexo (único) del ENI como en el Anexo IV del ENS, se recoge un glosario de términos, apareciendo definida la política de firma electrónica como “el conjunto de normas de seguridad, de organización, técnicas y legales para determinar cómo se generan, verifican y gestionan firmas electrónicas, incluyendo las características exigibles a los certificados de firma”.

Electrónicos y de Certificados de la Administración, aprobada mediante Resolución de 27 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y publicada en el BOE de 3 de noviembre de 2016 -NTIPFSECA-), de Requisitos de Conexión a la Red de Comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas (NTIRCRCAP), de Procedimientos de Copiado Auténtico y Conversión entre Documentos Electrónicos (NTIPCACDE) y de Modelo de Datos para el Intercambio de Asientos entre las Entidades Registrales (NTIMDIAER).

Posteriormente se completó esta regulación técnica mediante sendas Resoluciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 28 de junio de 2012 (publicadas en el BOE de 26 de julio posterior) por la que se aprobaron las Normas Técnicas de Interoperabilidad de Protocolos de Intermediación de Datos (NTIPID), de Relación de Modelos de Datos y de Política de Gestión de Documentos Electrónicos (NTIRMDPGDE), dictándose posteriormente la Resolución de 3 de octubre de 2012 (BOE de 31 de octubre) para aprobar la Norma Técnica de Interoperabilidad de Catálogo de Estándares (NTICE) y, por último, mediante Resolución de 19 de febrero de 2013 (BOE de 4 de marzo), la correspondiente a la Reutilización de Recursos de la Información (NTIRRI).

Debe hacerse especial referencia a la NTI de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración, la cual tiene como finalidad principal la de especificar las características de las reglas comunes que debe contemplar toda política de firma electrónica que apruebe una Administración, tales como formatos, uso de algoritmos, creación y validación de firma para documentos electrónicos, así como las reglas de confianza en materia de certificados electrónicos, sellos de tiempo y firmas longevas, si bien sus previsiones deben complementarse con las del ReIDAS.

En este sentido, la política de firma electrónica establece el conjunto de criterios para el desarrollo o adopción de políticas de firma y sello electrónicos basada en certificados por parte de las Administraciones públicas, y para ello comprende un conjunto de normas de seguridad, organización, técnicas y legales, para determinar cómo se generan, verifican y gestionan las firmas electrónicas, incluyendo las características exigibles a los certificados de firma, a través de la definición de los procesos de creación, validación y conservación de las mismas, así como de las características y requisitos de los sistemas de firma y sello electrónicos, incluidos los de *time stamping* o sellado de tiempo, especificando las reglas comunes como formatos, uso de algoritmos, creación y

validación de firma para documentos electrónicos, así como las reglas de confianza en certificados electrónicos, sellos de tiempo y firmas longevas.

Con anterioridad al vigente par normativo (LPAC y LRJSP), el artículo 42.1 de la LAE ya establecía, con carácter general, que el ENI comprende el conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones Públicas para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la interoperabilidad, pero no parecía *prima facie* que se estableciese su observancia de forma preceptiva.

Actualmente, el tenor literal del artículo 156 LRJSP es prácticamente idéntico, aunque la situación es bien distinta, en tanto en cuanto la nueva normativa impone a las Administraciones Públicas la actividad administrativa plenamente electrónica. Sin embargo, como ha tenido ocasión de defender GAMERO CASADO<sup>342</sup>, a pesar de que se debería haber reforzado el carácter imperativo de las normas técnicas de interoperabilidad en general, pues, a pesar de que se exige la interconexión de registros y Administraciones Públicas, así como la gestión electrónica integral de procedimientos, lo cual no puede ser de otra forma sino estableciéndose bases tecnológicas comunes que permitan el intercambio de datos e información sin conflictos, lo cierto es que ninguna disposición establece que el ENI o sus normas de desarrollo sean Derecho estatal básico, por lo que resulta dudoso que tengan carácter vinculante.

En vistas de esta situación tras la aprobación de las vigentes normas, debería haberse potenciado el carácter vinculante de las normas de interoperabilidad, pero lo cierto es que la LRJSP no parece haberlo conseguido, por lo que parece haber resultado una deficiente técnica normativa a tales efectos.

Además, como ya se ha apuntado anteriormente, lo que sí resulta novedoso es que se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo la interoperabilidad como principio, lo cual trae consigo determinadas consecuencias. Los principios en general son, como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>343</sup>, valores materiales básicos de un

---

<sup>342</sup> GAMERO CASADO, E.: “Administración electrónica e interoperabilidad”, en MARTÍN DELGADO, I. (Dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª ed., Madrid, 2017, p. 509

<sup>343</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 113 y ss.

ordenamiento jurídico, en ningún caso vagas ideas o tendencias, sino principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica; siguiendo el razonamiento del citado autor, que se sustenta en la lógica de SAVIGNY, las instituciones, verdaderas unidades elementales del sistema jurídico, son sustentadas por principios, no por normas, por lo que su valor en el ordenamiento jurídico-administrativo es incalculable. Es por ello que el nuevo principio de interoperabilidad adquiere un matiz supranormativo, instaurándose como base del sistema de administración electrónica que, ahora sí, obliga a todas las Administraciones Públicas a que su actividad sea plenamente electrónica.

Una de las NTI más importantes es la de Política de Firma Electrónica y Certificados de la Administración, la cual establece el deber de las Administraciones Públicas de elaborar una política de firma electrónica con un contenido determinado, en el que se encuentran reglas comunes para el firmante y verificador con los formatos admitidos, reglas de uso de algoritmos, reglas de creación y validación de la firma, así como reglas de confianza, previéndose expresamente la posibilidad de que cada organismo imponga sus propias reglas específicas de validez de firma electrónica o para la inclusión de atributos adicionales en la firma en función de sus necesidades. Como se examinará en capítulos posteriores, la inobservancia de tales exigencias podría conllevar consecuencias diversas para los actos y documentos generados electrónicamente, las cuales no han sido previstas por el legislador, cuestión que ya fue objeto de crítica directa por parte de autores como VALERO TORRIJOS<sup>344</sup>.

Una de las más importantes reglas que debe observar el firmante se prevé en el apartado III.6 de la NTI, y consiste en que aquél debe asegurarse, previamente a aplicar la firma electrónica, que el documento o fichero que va a firmar no tiene contenido dinámico que pudiese modificar el resultado de la firma a lo largo del tiempo y, por ende, afectar a su validez.

Debe tenerse en cuenta asimismo que, para la validación de los certificados, se prevé por la NTIPFECA la acertada posibilidad de establecer un periodo de precaución o de gracia que podrá ser, desde el momento de la firma o sellado de tiempo, como mínimo, del tiempo máximo permitido para el refresco completo de las CRLs<sup>345</sup> o para la

---

<sup>344</sup> VALERO TORRIJOS, J.: *Derecho, innovación y administración electrónica*, Ed. Sevilla: Global Law Press - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013, p. 184

<sup>345</sup> *Certificate Revocation Lists* o Listas de Revocación de Certificados

actualización del estado del certificado en el servicio OCSP<sup>346</sup>, tiempos que pueden variar de un prestador de servicios de confianza a otros. La verificación del estado de validez del certificado es imprescindible para garantizar la integridad del acto que incorpora una determinada firma electrónica, pues ésta se sustenta en el certificado cuya vigencia debe comprobarse.

Como puede vaticinarse por lo anteriormente examinado, la relevancia de este tipo de normas técnicas y su incidencia en los documentos y actos administrativos en soporte electrónico se extiende a múltiples supuestos que se irán examinando a lo largo de los sucesivos capítulos, pero cuya necesaria mención en este lugar resulta, por estos motivos, justificada.

### 1.3. Breve referencia a las disposiciones autonómicas

Dado que el marco normativo existente, esto es, la LPAC, LRJSP, el ENI, ENS y resto de NNTTII, regulan extensamente los requisitos de los documentos electrónicos en la Administración, las normas autonómicas han tenido un escasísimo margen (apenas nulo) para ello. Por este motivo, las disposiciones autonómicas no han tenido ocasión de efectuar grandes aportaciones en esta materia, al no gozar de margen material para ello, debido en gran parte a la ingente cantidad de normas estatales que regulan la cuestión, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto GAMERO CASADO<sup>347</sup>, y ha sido objeto de crítica por VALERO TORRIJOS<sup>348</sup>, por suponer una clara centralización competencial a favor del Estado que podría vulnerar la autonomía organizativa autonómica constitucionalmente reconocida. Esta extensa regulación, como apunta SANZ LARRUGA<sup>349</sup>, comprende prácticamente todas las fases o procesos de gestión de documentos electrónicos: su captura, registro, clasificación, descripción, acceso, calificación, conservación, transferencia e incluso su destrucción.

Incluso aquellas de carácter reglamentario que no son de carácter básico son finalmente adoptadas por el resto de entes públicos, al provenir de la Administración central y ante

---

<sup>346</sup> *Online Certificate Status Protocol* o Protocolo en Línea de Estado del Certificado

<sup>347</sup> GAMERO CASADO, E.: "Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, 2016, p. 3

<sup>348</sup> VALERO TORRIJOS, J.: *Derecho, innovación y...*, op. cit., p. 188

<sup>349</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: "Gestión documental...", op. cit., pp. 921-922

el temor de quedar excluidos en el futuro materialmente por problemas de interoperabilidad.

Así, la mayor parte de disposiciones normativas autonómicas que regulan los documentos administrativos son de naturaleza reglamentaria y suponen la aprobación de las correspondientes Políticas de Gestión de Documento Electrónico para el ámbito autonómico, como se lleva a efecto, en el caso de Andalucía, con el Acuerdo de 1 de agosto de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos de la Junta de Andalucía, que no hace sino regular la gestión documental siguiendo las prescripciones del resto de normas anteriormente mencionadas, pero aplicadas específicamente a la Administración de la Junta de Andalucía.

También otras comunidades autónomas como el País Vasco han aprobado su normativa específica, en este caso a través de la Orden de 27 de septiembre de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia y del Consejero de Hacienda y Finanzas, por la que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Por su parte, en Aragón se encuentra en vigor el Decreto 38/2016, de 5 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la Política de gestión y archivo de documentos electrónicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de sus Organismos Públicos, así como la Orden IIU/1839/2016, de 13 de diciembre, por la que se regula la emisión y utilización de la firma electrónica, basada en el certificado de empleado público, de los altos cargos y empleados públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como puede apreciarse y ya se adelantaba anteriormente, la normativa autonómica se encarga, fundamentalmente, de aplicar las previsiones de las distintas normas técnicas al ámbito autonómico, concretando la regulación y adaptándola a las particularidades propias de su ámbito competencial territorial, sin mayores innovaciones. Por tanto, en caso de tener que valorar una determinada firma electrónica, por ejemplo, utilizada por el funcionario al dictar un acto administrativo, conviene examinar si es una de las previstas, en primer lugar, por la LRJSP y, en segundo lugar, si es conforme con la Política de Firma Electrónica y Certificados de la Administración de que se trate aunque, a efectos de la validez del acto o la perfección del documento, sería suficiente que fuese



conforme con las normas estatales ya que, como se decía, la normativa autonómica simplemente concreta algunos aspectos, sin establecer condiciones adicionales que puedan afectar a la validez o perfección de un acto o documento administrativos en soporte electrónico, respectivamente.

Algún autor como MARTÍNEZ GUTIÉRREZ<sup>350</sup> propone que las normas reglamentarias de ámbito autonómico o local que se aprueben no separen en dos normas la regulación del procedimiento administrativo y funcionamiento electrónico del sector público, sino que se lleve a cabo en una norma única por motivos de claridad, coherencia y buena regulación, si bien hasta la fecha, salvo error u omisión involuntaria, no se ha dictado ninguna norma de naturaleza reglamentaria al respecto que regule íntegramente a nivel autonómico o local lo regulado por la LPAC y LRJSP.

Todo ello, sin perjuicio de la existencia de una normativa propia autonómica relativa al patrimonio documental, que podría resultar de aplicación si se dan alguno de los supuestos previstos en la misma, como sucede en Andalucía con la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, cuyas previsiones son más propias de la ciencia archivística que de la materia que nos ocupa, pero que sin duda debe tenerse en cuenta en la gestión documental general, como ha tenido ocasión de recordar SANZ LARRUGA<sup>351</sup>.

## **2. Teoría general de las consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos de los actos y documentos administrativos en soporte electrónico: actos válidos o inválidos y documentos perfectos o defectuosos**

Una vez examinada someramente la regulación básica relativa a los documentos administrativos comprendida tanto en la legislación de procedimiento como en las normas técnicas que resultan de aplicación en la administración electrónica, es preciso reflexionar sobre el alcance que debe tener el incumplimiento de los requisitos documentales, y determinar si las categorías tradicionales del Derecho administrativo

---

<sup>350</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 86

<sup>351</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Los archivos electrónicos en el ecosistema jurídico-administrativo”, en VV.AA.: *El archivo electrónico en la administración digital: 23 Jornadas de Archivos Universitarios*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 2017, p. 16

bastan para acoger las peculiaridades que representa la emisión de actos y documentos en soporte electrónico, o bien son demasiado estrechas y resulta necesario alumbrar alguna nueva figura que permita gestionar de manera adecuada las consecuencias derivadas del incumplimiento de alguno de estos requisitos. La aproximación que aquí se lleva a cabo es de carácter general, en el bien entendido de que los supuestos concretos de aplicación y sus correlativas consecuencias se expondrán pormenorizadamente en capítulos sucesivos de este trabajo.

## 2.1. Actos administrativos válidos o inválidos y documentos administrativos perfectos o defectuosos

En primer lugar, debemos diferenciar el documento administrativo electrónico del acto administrativo electrónico, como especial tipología de aquél.

La distinción sería innecesaria, por evidente, si no fuese por su relevancia en la materia que nos ocupa: un mismo vicio puede tener distintos efectos en función del objeto sobre el que recae, como se pretende justificar a continuación, pues no es lo mismo que un vicio aparezca en cualquier tipo documental en general de la Administración, a que afecte a un acto administrativo en particular. En cada caso, las consecuencias pueden variar.

El artículo 26.2 LPAC establece los requisitos que los documentos administrativos electrónicos deben cumplir en aras a lo que el legislador califica como condiciones para su “validez”. Por ende, todos los actos administrativos, como documentos electrónicos que son, deberán también cumplir dichas exigencias para ser considerados “válidos”, según el tenor literal legal.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, dependiendo de si el vicio recae sobre un documento administrativo electrónico cualquiera o sobre un acto administrativo, se originarán diferentes consecuencias, dada que su naturaleza jurídica es, así mismo, distinta.

En este sentido, si un acto administrativo electrónico cumple todos los requisitos previstos por el legislador en el artículo 26.2 LPAC para los documentos administrativos electrónicos en general, podrá calificarse como válido a efectos documentales. Por el contrario, si no se verifica alguno de ellos incurrirá en algún vicio, cuya calificación, en

función del supuesto, será determinante de las tradicionales instituciones de (i) la nulidad radical, absoluta o de pleno Derecho, o (ii) la nulidad relativa o anulabilidad; y se someterá a las consecuencias jurídicas previstas para cada una de ellas. Esta calificación, en función de cada vicio, será determinada a lo largo de los sucesivos capítulos.

Por su parte, cuando el vicio es de tan escasa entidad que el acto afectado no merece ser calificado como inválido, constituirá una mera irregularidad no invalidante que obliga a calificar al acto, por ende, como meramente irregular. Como efecto directo no conlleva su íntegra invalidez por este motivo (si por ejemplo se tratase de un error aritmético de cálculo por error al efectuar la suma de una superficie a expropiar, el acto sería válido respecto a la superficie correcta e inválido respecto del resto), pudiendo corregirse en cualquier momento de oficio o a instancia del interesado conforme a lo dispuesto en el artículo 109.2 LPAC.

Sin embargo, cuando el que incumple alguno de los requisitos legalmente establecidos no es un acto administrativo, sino cualquier otro documento administrativo, no puede calificarse como válido o inválido, a juicio del que suscribe, puesto que tales calificativos están reservados al acto administrativo *stricto sensu*. Una de las consecuencias de ello es que el régimen jurídico y las vías de impugnación deberán ser distintas en función de si se trata de un acto inválido o de un documento defectuoso.

Por tanto, en el presente trabajo se considera que el documento administrativo electrónico debe calificarse, en caso de verificar todos los requisitos del precitado artículo 26.2 LPAC, como “perfecto”, mientras que, en caso contrario, sería “defectuoso”.

Como fundamento semántico de la adopción de esta calificación y no otra, a ello ha contribuido la consulta del Diccionario de la Real Academia Española, en el que el adjetivo “defectuoso”, en una de sus acepciones más ajustadas a este supuesto que aparecen, es “imperfecto”. Tomando así mismo su antónimo, entendemos que los documentos administrativos son “defectuosos” o “perfectos”, en función de si adolece o no de algún vicio, respectivamente.

Aunque también podría haberse adoptado la solución de denominarlos documentos “perfectos” e “imperfectos”, calificar determinados vicios del documento como “defectos” parece más acertado que calificarlos de “imperfecciones”, razón por la cual

en el presente trabajo se ha adoptado el criterio, por entenderlo más correcto, de distinguir entre documentos “perfectos” y “defectuosos”.

Recapitulando, el incumplimiento de los requisitos del artículo 26.2 LPAC no es baladí y, por ende, debe contemplar una calificación del documento viciado que debe diferir de la destinada a los actos administrativos (invalidez). La solución adoptada de denominar al documento viciado “defectuoso” no es fruto de una creación abstracta y sin precedentes, sino que dicha calificación ya está contemplada en el ordenamiento jurídico en materia de notificaciones<sup>352</sup>, a las que se denominan “defectuosas” cuando incumplen determinadas prescripciones normativas. Dicho incumplimiento no provoca, como es sabido, la invalidez del acto, sino que se califica la notificación como “defectuosa”, y se le priva al acto de desplegar sus efectos, esto es, impide que el mismo sea eficaz, pero sin afectar a su validez.

Del mismo modo, cuando el artículo 26.2 LPAC enumera los requisitos de “validez”, alguna consecuencia deberá conllevar su incumplimiento. Si fuese un acto administrativo, dicha consecuencia sería su nulidad o anulabilidad; pero de tratarse de cualquier otro documento administrativo, no existen categorías como éstas, sino que se ha estimado conveniente englobarlas todas en el de documentos “defectuosos”.

Así mismo, también podrían aparecer defectos de escasa gravedad (como los actos administrativos pueden presentar meras irregularidades no invalidantes) que podrían ocasionar la generación de un documento administrativo electrónico meramente “irregular”, no defectuoso, que la Administración podría corregir de oficio o a instancia del interesado en cualquier momento, sin que proceda en este caso denominarlas “no invalidantes” pues, como se ha apuntado anteriormente, “válidos” e “inválidos” sólo son calificativos de aplicación al acto administrativo *stricto sensu*. Así, un documento que adolezca de cualquier defecto de este tipo sería meramente irregular, no perfecto ni defectuoso.

El artículo 26.2 LPAC establece los requisitos que los documentos administrativos electrónicos deben cumplir en aras a su perfección, por lo que, todos los actos administrativos, como documentos electrónicos que son, al fin y al cabo, deberán también cumplir dichas exigencias.

---

<sup>352</sup> Al respecto puede consultarse GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, op. cit., pp. 559-576, en especial, en relación con la notificación defectuosa, pp. 561-562

Este aspecto, en primer lugar, merece ser objeto de crítica, ya que, de un lado, si el legislador pretende establecer requisitos de “validez” (aunque como se ha apuntado entendemos más correcto hablar de “perfección”) de los documentos electrónicos, debería haberlo regulado atendiendo a criterios de sistemática legislativa, en un capítulo específico de la Ley, dedicado a lo que expresamente podría haberse denominado “De los documentos” o “De la gestión documental”, consignando expresamente lo que podría haberse rubricado “De la perfección de los documentos administrativos”; y, de otro, en la regulación de la cuestión también deberían haberse previsto las consecuencias de su incumplimiento, completando así una regulación integral y sistemática tanto de los documentos en general como de los actos administrativos en particular; deficiente sistemática que no afecta únicamente a la materia que nos ocupa, como ha sido puesto de manifiesto también por autores como CANO CAMPOS<sup>353</sup>.

A mayor abundamiento, también se ha omitido total y absolutamente en la regulación de la invalidez de la LPAC toda referencia al incumplimiento del artículo 26.2 incluso para el caso de que afectase no ya a los documentos administrativos, sino a los propios actos administrativos, lo cual resulta del todo reprochable, en tanto en cuanto que se deja al arbitrio de la interpretación que efectúen los distintos órganos, administrativos y judiciales, la regulación de las consecuencias de su ausencia o incorrección, provocando así una evidente inseguridad jurídica a los administrados e incluso a las Administraciones Públicas, difícil de salvar en la práctica. En los capítulos que siguen se efectúa una propuesta de regulación de esta cuestión que entendemos puede contribuir a la seguridad jurídica en esta materia.

Así mismo, el tratamiento de la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos efectuado por la LPAC ha resultado ser prácticamente idéntico al régimen anterior, sin hacer referencia alguna al fenómeno tecnológico, decisión nuevamente reprochable dada la vocación de innovación de la que la Exposición de Motivos de la propia Ley hace gala.

Merece igualmente crítica la decisión del legislador de ubicar sistemáticamente los requisitos de los documentos administrativos electrónicos en sede de la actividad de las

---

<sup>353</sup> CANO CAMPOS, T.: “Derechos y deberes de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas: ¿la vuelta del administrado?” en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el...*, op. cit., pp. 118 y ss.

Administraciones Públicas, concretamente en las normas generales de actuación (Capítulo I del Título II de la LPAC), en lugar de ubicar su contenido en un Título y/o Capítulo independiente que hubiese contenido toda la regulación de los documentos administrativos y sus copias, regulando así de forma uniforme y con mejor sistemática tanto sus requisitos y exigencias como los efectos de su inobservancia.

Por otra parte, aprovechando esta defectuosa técnica legislativa empleada en beneficio de lo que aquí se defiende a los meros efectos dialécticos, cabe deducir de la misma que la decisión de no ubicar el contenido del artículo 26.2 LPAC en sede de la validez de los actos administrativos, apoyaría la tesis defendida anteriormente relativa a que debe reconocerse el *documento electrónico defectuoso* como un nuevo concepto dogmático, distinto del acto administrativo inválido e independiente de las causas o vicios de nulidad y anulabilidad actualmente reconocidas pero que a su vez, de afectar a actos administrativos, sí podría dar lugar a estos vicios.

Dada la actual regulación de la cuestión, para calificar un acto inválido como nulo o anulable sobre la base de los defectos documentales, es preciso integrarlo en los tradicionales vicios de invalidez relacionados en los artículos 47 y 48 LPAC, esto es, deben subsumirse en éstos los relativos a su carácter de documento y, en función de su gravedad, habrán de reconducirse a una u otra categoría para conferirles el correspondiente régimen jurídico en cuanto a las consecuencias o efectos de la declaración de invalidez, que es precisamente lo que debió llevar a cabo el legislador al regular los requisitos de todo documento administrativo, ya que la ausencia de regulación ha dado lugar a una evidente laguna jurídica en cuyas aguas no será posible navegar con seguridad jurídica si no existen unas claras consecuencias o efectos para el caso de su incumplimiento, con distinción en función de si afecta a un documento o a un acto administrativo, como se viene defendiendo.

Debe recordarse a este respecto que, a diferencia del ordenamiento jurídico-administrativo alemán, en el que había una cláusula general de nulidad absoluta junto con una enumeración tasada de los motivos que siempre darían lugar a la máxima sanción, y otro catálogo negativo con los supuestos que en ningún caso originarían la nulidad radical, en Derecho español no toda determinación de la graduación de los vicios de nulidad o anulabilidad está basada en su gravedad, concurriendo supuestos graves que dan lugar a anulabilidad (al ser, dada la generalidad de la cláusula, susceptible de

tratarse de cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder), y otros que dan lugar a nulidad absoluta, aun siendo éstos, en ocasiones, vicios menos graves que los anteriores. Es por ello que esta diferencia habrá de tenerse en cuenta en sucesivos capítulos al tratar cada uno de los supuestos.

En relación con los actos administrativos viciados por defectos documentales, debe partirse de la dicción del artículo 48.2 LPAC, en virtud del cual el defecto de forma sólo determina la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados. Fuera de estos supuestos, el acto adolecería de una mera irregularidad no invalidante.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, si bien podría defenderse que cualquier defecto vinculado a los requisitos del artículo 26.2 LPAC estaría siempre relacionado con la forma del documento y, por ende, podría incardinarse en los conocidos vicios de forma, debe examinarse convenientemente cada uno de ellos para determinar si realmente hay un vicio de carácter material, superando el estrictamente formal, al incumplirse alguno de ellos, o si, aun siendo de carácter formal, el vicio realmente impide al acto administrativo final alcanzar su fin o provoca indefensión a los interesados y, por ende, adolece de anulabilidad, superando así la mera irregularidad no invalidante.

En definitiva, dada la novedosa regulación de los requisitos de los documentos administrativos electrónicos en sede distinta a la regulación de los vicios de los actos administrativos, se propone la distinción de ambas categorías: la del documento electrónico defectuoso (por incumplir alguno de los requisitos del artículo 26.2 LPAC), de un lado, y la del acto administrativo inválido (por adolecer de algún vicio de nulidad o anulabilidad conforme a los artículos 47 y 48 LPAC, respectivamente), si bien en este último caso deberán adicionarse, a los tradicionales vicios que provocan su invalidez, los regulados con carácter general para los documentos electrónicos en el artículo 26.2 LPAC precitado.

También debe reconocerse, en ambos casos, la posible existencia de meras irregularidades, que en el caso del documento electrónico no lo hacen defectuoso y en el caso del acto administrativo no provocan su invalidez, sino su carácter “irregular”, pudiendo rectificarse en cualquier momento *ex* artículo 109.2 LPAC, previsto actualmente sólo para los actos administrativos, por lo que sería deseable que se hiciese

alguna previsión expresa para los documentos administrativos, en aras a una mayor seguridad jurídica.

Al respecto, se propone también una regulación diferenciada de las meras irregularidades no invalidantes que afectan a los actos administrativos, y aquellas irregularidades que afectan al documento administrativo en general y, por tanto, no lo hacen defectuoso, sino así mismo irregular. Por supuesto, al tratarse el acto administrativo de un documento administrativo, los motivos que provoquen la irregularidad del documento administrativo podrían afectar también al acto; sin embargo, los motivos afectantes al acto administrativo únicamente serían de aplicación a éste, dada su especificidad y naturaleza especial dentro del concepto genérico de documento administrativo (dicho esto con la salvedad de los actos administrativos no documentados, como órdenes orales o acústicas), y su regulación especial en el artículo 109.2 LPAC.

En este sentido, en el escenario electrónico ante el que nos encontramos, mantener la simple regulación de las meras irregularidades no invalidantes del artículo 109.2 LPAC, propias hasta ahora, como se ha dicho, del acto administrativo, para su aplicación, por analogía, a los documentos administrativos electrónicos en general, no es lo más coherente de acuerdo con una buena técnica legislativa, más aún cuando la LPAC ha regulado, en su artículo 26, requisitos específicos aplicables a éstos.

## 2.2. Consecuencias de la calificación de un acto como inválido o un documento como defectuoso

La finalidad del presente apartado es, así mismo, exponer una premisa o directriz general que resultará de aplicación a las consecuencias que puede tener el incumplimiento de los requisitos del artículo 26.2 LPAC, razón por la cual procede ponerla de manifiesto previamente a examinar cada uno de ellos separadamente en los siguientes capítulos, sin perjuicio de que, en el análisis específico de cada uno de estos requisitos que se lleva a cabo posteriormente, se aplique esta directriz general adaptándola a las particularidades subyacentes en cada caso particular.

Se trata, en definitiva, de establecer las consecuencias o efectos de la calificación de un acto administrativo como “inválido” o un documento administrativo como



“defectuoso”, al encontrarse ambos en soporte electrónico. Partiendo de la base de que se trata de vicios que no suponen en ningún caso meras irregularidades, las cuales no darían lugar a ninguna consecuencia jurídica más allá de la obligación de corrección por parte de la Administración en cualquier momento, el presupuesto de hecho es, por tanto, la existencia de vicios de entidad suficiente.

En este punto deben distinguirse diversos escenarios posibles en función del tipo documental de que se trate. Así, en primer lugar, debe considerarse que, de tratarse de un acto administrativo, más allá de la consideración de los vicios meramente formales que constituyen irregularidades no invalidantes (salvo que causen indefensión o impidan al acto alcanzar su fin *ex artículo 48.2 LPAC*), cuando los vicios están relacionados con los requisitos de todo documento administrativo en soporte electrónico dará lugar a alguna de las conocidas graduaciones de la invalidez, en el sentido expuesto en el presente Capítulo, esto es, nulidad absoluta o anulabilidad.

En cuanto a los efectos o consecuencias propias de la invalidez, deben distinguirse, con CANO CAMPOS<sup>354</sup>, entre los efectos de carácter material y los aspectos temporales derivados de dicha invalidez.

En este sentido, aunque el Derecho establece determinados requisitos de validez y, en caso de incumplimiento, el acto viciado no debería desplegar efectos como principal y directa consecuencia del mero hecho de estar viciado, la presunción de validez de los actos y su ejecutividad como privilegio otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración hace que, hasta que no se declare por el órgano legalmente establecido (administrativo o judicial) dicha invalidez no opera materialmente y, por ende, el acto sigue siendo válido a efectos prácticos y desplegando los efectos materiales que le son inherentes.

Una vez declarada su invalidez, el acto deja de ser eficaz y no podrá continuar desplegando efectos. No obstante, se plantea el interrogante de qué ocurre exactamente con los efectos que ya ha desplegado durante su imperativa observancia previa bajo el manto presuntivo de su validez, esto es, los aspectos temporales a que se refería CANO CAMPOS, puesto que, lo conveniente y deseado por el Derecho, es la eliminación de todo efecto ilegalmente producido, para cuyo examen remitimos al

---

<sup>354</sup> CANO CAMPOS, T.: “Validez e invalidez...”, *op. cit.*, p. 1909

Capítulo<sup>355</sup> correspondiente en el que se tratará la cuestión, pues según la naturaleza del vicio que afecte al acto se aplicarán los efectos propios de la invalidez, sin distinción en este caso, como ha tenido ocasión de afirmar igualmente GALÁN VIOQUE<sup>356</sup>.

En relación con las consecuencias que se producirán en caso de que se dicte un acto administrativo sobre la base de un documento defectuoso, debemos remitir para su estudio al mismo Capítulo anteriormente referido donde, por motivos sistemáticos, se examinará la cuestión.

Por su parte, en segundo lugar, de tratarse de un documento administrativo en soporte electrónico, la cuestión es que, como se ha defendido, no es posible aplicar al mismo las categorías propias de la invalidez de los actos administrativos y, por ende, de incurrir en alguno de los vicios examinados dará lugar a un documento defectuoso o meramente irregular. En el primer caso, cuando los vicios de que adolezca tengan cierta relevancia o gravedad, mientras que las irregularidades se reservan a aquellos incumplimientos del ordenamiento jurídico que no adquieran especial relevancia.

Por tanto, dado que se parte de la premisa de que se trata de vicios de cierta gravedad si se califica un documento administrativo electrónico como defectuoso o un acto como inválido, las consecuencias también deberán ser proporcionales a dicha gravedad, sin que sea posible el mantenimiento de los efectos materiales que un documento perfecto (o un acto válido) desplegaría en la realidad jurídica de haber sido generados correctamente.

En el caso del documento administrativo electrónico defectuoso, la principal consecuencia o efecto de dicha calificación debe ser la ineficacia del documento, de forma que el mismo no despliegue los efectos que le son inherentes.

Si el documento no puede desplegar efectos, la actuación necesaria por parte de la Administración autora del mismo será la subsanación de los defectos de que adolezca, para poder continuar la sustanciación del procedimiento administrativo en cuyo seno se ha generado aquél.

Esta subsanación resulta crucial en caso de tratarse, por ejemplo, de informes preceptivos que deben incorporarse al expediente administrativo, sin los cuales toda decisión posterior podría devenir viciada también en caso de no procederse a la debida

---

<sup>355</sup> Vid. Capítulo VIII, apartado 2.2

<sup>356</sup> GALÁN VIOQUE, R.: "Anulabilidad e irregularidades...", *op. cit.*, p. 2058

subsanción, con los consiguientes perjuicios para el interés público que dicha situación podría originar, por lo que una actuación responsable por parte de la Administración resulta en este punto totalmente exigible.

## **CAPÍTULO IV: LOS DEFECTOS DOCUMENTALES Y LOS MOTIVOS DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS CON LA FIRMA ELECTRÓNICA**

### **1. Los fundamentos técnicos y tecnológicos de la firma electrónica como base del sistema: planteamiento general. La criptografía como presupuesto de su seguridad**

La tecnología, desde hace años, ha venido introduciendo un nuevo panel de herramientas en todos los ámbitos, como el personal, económico o social y, como no podía ser de otra forma, también en el jurídico, muy especialmente, en el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo.

El concepto de “tecnología” incluye no sólo el elemento físico, como puede ser la concepción y utilización de nuevos dispositivos o herramientas móviles, sino también el lógico-conceptual, en virtud del cual se crean nuevas “realidades digitales”.

Entre estas nuevas realidades digitales se encuentra la firma electrónica, que ha supuesto verdaderamente un giro copernicano en diversos ámbitos, si bien uno en los que más ha destacado esta evolución es en la forma en que los ciudadanos y administrados en general pueden identificarse o autenticarse ante la Administración, solicitar documentos administrativos, realizar trámites procedimentales o intervenir en la tramitación de los expedientes de contratación como licitadores, entre otros, así como las básicas de permitir identificarse y firmar electrónicamente.

Todo ello, teniendo en cuenta que los certificados electrónicos son emitidos por prestadores de servicios de certificación, pudiendo el soporte adoptar diversas formas para contenerlos: puede instalarse en el almacén de certificados del equipo informático, en un dispositivo de almacenamiento masivo o incluso en una tarjeta con chip<sup>357</sup>, para el cual será necesario adquirir un lector adecuado para este tipo de tarjetas inteligentes para su utilización.

Por tanto, puede decirse que ha supuesto una evolución, de lo que tradicionalmente se conoce como firma manuscrita, lo cual ha servido durante años para identificarse, manifestar la aceptación de negocios jurídicos, etc., a la firma electrónica, pasando por la firma digital o, mejor dicho, digitalizada, que aún se encuentra presente en algunas

---

<sup>357</sup> BRÖHL, G.M. y TETTENBORN, A.: *Das neue Recht der elektronischen Signaturen. Kommentierende Darstellung von Signaturgesetz und Signaturverordnung*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2001, p. 22

Administraciones Públicas, a pesar de su elevada inseguridad jurídica y problemas de seguridad que presenta.

Todo ello no ha sido óbice para que, en la práctica, se hayan presentado multitud de disfunciones y problemas de carácter técnico (o jurídico, con origen en cuestiones técnicas), por lo que se debe efectuar un examen de aquellos aspectos relacionados con la citada tecnología que pueden tener relevancia o consecuencias jurídicas de diversa índole en los documentos o actos administrativos electrónicos. Todo ello, con el fin de examinar si deben reconsiderarse determinados aspectos desde un plano teórico-jurídico, para conseguir así una efectiva virtualidad práctica de aquélla y conseguir, igualmente, solventar los problemas que puedan originarse.

En definitiva, como tuvo ocasión de vislumbrar HERNÁNDEZ GIL<sup>358</sup> hace ya varias décadas, no obstante lo cual, continúa plenamente vigente hoy día, *no se trata de que el Derecho ordene nuevas realidades, sino que el propio Derecho como tal va a experimentar una mutación propiciada por el surgimiento de una nueva forma de ser elaborado, tratado y conocido*. Esta vez, con carácter novedoso, en forma electrónica.

Y es que la firma electrónica, siguiendo la acertada precisión de GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>359</sup>, es una expresión que alude a determinadas actuaciones y servicios tecnológicos a los que el ordenamiento jurídico asocia unas determinadas consecuencias, por lo que la utilización del término “firma”, continúa el autor, es un eufemismo o ficción legal, al no consistir en la plasmación de la firma manuscrita en ningún caso, aunque a veces el ordenamiento jurídico le asigne efectos análogos pues, como se verá, la incorporación de la firma electrónica a un documento garantiza no sólo la identificación de la persona firmante, sino la integridad o autenticidad del mismo, entre otras.

Para una correcta comprensión de esta novedosa realidad, debe tenerse en cuenta que esta nueva tecnología que suponen los certificados electrónicos (entre los cuales se encuentra, como ya se ha comentado, la firma electrónica) se basa técnicamente en la criptografía. Ésta puede definirse, de conformidad con la norma técnica ISO/IEC

---

<sup>358</sup> HERNÁNDEZ GIL, A.: *Problemas socioculturales de la informática jurídica*, Fundación para el desarrollo social de las comunicaciones –FUNDESCO–, Madrid, 1973, cit. por DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*, Ed. Thomson Aranzadi, 11ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 49

<sup>359</sup> GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, op. cit., p. 392

2382:2015<sup>360</sup>, como una técnica de cifrado de datos destinada a alterar el contenido de ciertos mensajes con el fin de hacerlos ininteligibles a receptores no autorizados, garantizando así la confidencialidad en la comunicación.

Las técnicas de encriptación han sido referente y base del posterior surgimiento de la firma electrónica, principal hito que ha dado lugar a toda una revolución jurídico-tecnológica, ya que desde antaño se ha dado especial importancia a garantizar que las comunicaciones y su contenido no pudiesen ser percibidas por terceros ajenos a la comunicación. Para ello, el contenido inicial de la comunicación debe ser tratado para obtener un texto cifrado o encriptado de forma que cualquiera, a pesar de lograr interceptar el canal de comunicación, únicamente pueda observar cómo viaja a través del mismo, sin ser capaz de descifrar o descryptar su contenido, garantizando así la confidencialidad.

En la Historia han sido cruciales las técnicas criptográficas, habiendo adquirido especial relevancia durante el siglo XX con ocasión de los enfrentamientos bélicos que tuvieron lugar en esta etapa, fundamentalmente la II Guerra Mundial ya que, por ejemplo, gracias a las técnicas criptográficas, el criptólogo Alan Turing consiguió, gracias a la criptografía, descifrar *Enigma*, seudónimo por el que se conocía al sistema de cifrado de mensajes utilizado por los nazis para llevar a cabo sus comunicaciones de forma secreta; y William Friedman también consiguió descifrar un mensaje proveniente de Japón determinante para el fin de la guerra, si bien hay muchos otros ejemplos similares destacables.

Siguiendo a ALAMILLO DOMINGO<sup>361</sup>, la tecnología en la que se basan los mecanismos y servicios encargados de acreditar una determinada actuación en soporte electrónico es precisamente la criptografía, de forma similar a la tinta y el papel, que hacen prueba de la firma manuscrita con relación al soporte papel. Así, explica el autor que la aplicación de la criptografía se basa en la aplicación de algoritmos y claves a las diferentes cifras, simétricas y asimétricas, las cuales actúan como mecanismos de seguridad cumpliendo una triple función de: cifrado, resumen y comprobación del mensaje o de la firma digital.

---

<sup>360</sup> Definición nº 2126278 de la norma, la cual es accesible desde la dirección web: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v1:en> (última consulta efectuada el 12/10/2018)

<sup>361</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y confianza en las transacciones electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de las instituciones de acreditación de la actuación electrónica*, Tesis doctoral defendida en la Universidad de Murcia en septiembre de 2018, pp. 472 y ss., disponible en acceso abierto en el repositorio institucional de dicha Universidad a través de la dirección web: <https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/62> (última consulta efectuada el 12/10/2018).

Así, explica el autor que una cifra es un algoritmo creado para proteger una comunicación o documento de forma que terceros no puedan acceder a su contenido, que está basada en el uso de claves (si la cifra es simétrica, utiliza una sola clave para cifrar y descifrar, debiendo ser conocida por emisor y destinatario; sin embargo, la asimétrica utiliza el sistema de doble clave, una pública que el prestador de servicios de confianza se encarga de custodiar y es conocida por el destinatario, y la privada que únicamente conoce el emisor y es el que la custodia) para transponer o sustituir la posición de los signos alfabéticos o numéricos que componen el documento, esto es, el cifrado o la transformación criptográfica de datos, conteniendo por tanto la clave la información necesaria para que el documento sea descifrado.

Para el autor<sup>362</sup>, las cifras simétricas ofrecen mucha velocidad de procesado, pero no son tan seguras como las asimétricas las cuales, por el contrario, son menos eficientes computacionalmente e incrementan el tamaño del objeto firmado, pero en la práctica son las empleadas por los certificados electrónicos, al primar en esta materia la seguridad. Para MERCHÁN MURILLO<sup>363</sup>, la firma electrónica que se obtiene mediante aplicaciones tecnológicas empleando criptografía asimétrica pueden también denominarse “firma digital” o “sistemas de cifrado de clave pública”, y garantizan la autenticidad e integridad de lo transmitido así como la confidencialidad del medio de transmisión.

El artículo 3.1 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (LFE, en adelante), define la firma electrónica como “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”. De dicha definición se extraen ciertas características comunes a toda firma electrónica, consistentes en que:

- Se trata de un conjunto de datos en formato electrónico.
- Se asocian tales datos (de firma) a otros (documento firmado).
- Pueden utilizarse como medio de identificación del firmante.

---

<sup>362</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., p. 473

<sup>363</sup> MERCHÁN MURILLO, A.: *Firma electrónica: funciones y problemática*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 68

Pues bien, a pesar de la genérica (y acertada) definición efectuada por el citado cuerpo legal, existen diversas tipologías de firma electrónica, en función de la seguridad que ofrecen al firmante y al destinatario.

La primera tipología de firma electrónica es la *simple*, que se basa en el establecimiento previo de una clave secreta conocida únicamente por el titular del medio de que se trate, tal y como ocurre con las claves PIN<sup>364</sup> de las tarjetas electrónicas (bancarias, etc.), técnica que suele combinar dos elementos: el físico, como es la banda magnética de las tarjetas electrónicas (que contienen datos personales de su titular, número de Documento Nacional de Identidad, etc.), y el virtual, o número secreto únicamente conocido por el propietario de la tarjeta, por lo que la combinación de ambos garantiza la seguridad del sistema aunque, como puede apreciarse, con menor calidad que otros métodos más avanzados<sup>365</sup>.

Progresando a un nivel superior en seguridad se encuentra la firma electrónica *avanzada*, que es aquella que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados gracias a la utilización de la función *hash*<sup>366</sup>, la cual actúa a modo de resumen electrónico único que permite detectar cualquier cambio, posterior a su origen, en un documento.

Por último, en el nivel más alto de seguridad se encuentra la firma electrónica *reconocida*, que se trata de un subtipo de firma electrónica avanzada, que se caracteriza por contener un certificado reconocido y ser generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, y en el que un tercero cualificado (prestador de servicios de certificación) interviene a modo de lo que generalizadamente se denomina *notario digital*, incrementando así por tanto la seguridad del sistema de firma.

---

<sup>364</sup> Acrónimo proveniente del anglicismo *Personal Identification Number* o Número de Identificación Personal.

<sup>365</sup> La Administración Tributaria, por ejemplo, ha incluido un sistema de firma electrónica simple (Sistema Cl@ve o sistema de clave previamente concertada, o el novedoso PIN24h) para el acceso a la información fiscal personal e incluso para la presentación telemática de declaraciones, en una apuesta por fomentar el uso de los medios electrónicos por parte de la mayor parte posible de la sociedad, en detrimento quizás de la seguridad que podría alcanzarse con la utilización exclusiva de la firma electrónica avanzada o reconocida.

<sup>366</sup> En palabras de los prestigiosos matemáticos WILLEMS y GUTIÉRREZ GARCÍA (WILLEMS, W. y GUTIÉRREZ GARCÍA, I.: *Una introducción a la criptografía de clave pública*, Ed. Universidad del Norte, 2ª ed., 2010, pp. 19 y ss.), la función *hash* o función resumen es resistente a colisiones si, computacionalmente, en tiempo justificable, es imposible encontrar dos mensajes diferentes con la misma función *hash*, por lo que la problemática (aunque interesante para el autor) se centra en construir funciones *hash* resistentes a colisiones.



En el ordenamiento jurídico alemán el sistema funciona de forma similar, encontrándose reconocida en la legislación de firma electrónica (§2 *Signatur Gesetz*<sup>367</sup>), siguiendo a KRÖGER<sup>368</sup> en primer lugar la *einfache elektronische Signatur*, que sería lo que se conoce como firma electrónica simple, la *fortgeschrittene elektronische Signatur* o firma electrónica avanzada y, por último, la reconocida o *qualifizierte elektronische Signatur*, que es la generalmente exigida en la legislación germana para los aspectos más relevantes relacionados con la administración electrónica, como apunta VON SECK<sup>369</sup>, aunque el primer autor hace referencia adicionalmente a la *qualifizierte elektronische Signaturen mit Anbieter-Akkreditierung*, como el máximo exponente en seguridad, al encontrarse acreditado el proveedor de servicios.

Pues bien, teniendo en cuenta la existencia de diversas tipologías de firma electrónica, hay requisitos que las más evolucionadas deben reunir de forma básica. Desde un punto de vista tecnológico, hace años que autores como DIFFIE y HELLMAN<sup>370</sup> pusieron de manifiesto los requisitos que toda firma digital debe cumplir, a saber:

- Nadie debe poder obtener una firma digital sin la clave privada.
- Facilidad de uso y economicidad en su obtención.
- Cualquier intento de falsificación de firma debe ser detectable y computacionalmente<sup>371</sup> imposible de llevar a efecto.
- Las propiedades de una firma deben mantenerse en el tiempo.
- Imposibilidad de negar la autoría de la firma.

---

<sup>367</sup> Norma que data de 16 de mayo de 2001

<sup>368</sup> KRÖGER, D.: "Elektronischen Signaturen im Verwaltungsverfahren", en KRÖGER, D. y WIND, M. (Dirs.): *Handbuch IT in der Verwaltung*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2006, pp. 320-321

<sup>369</sup> VON SECK, C.: *Die elektronische Signatur im Hinblick auf die Haftung der Zertifizierungsdiensanbieter*, Phillips-Universität zu Marburg, 2003, p. 31

<sup>370</sup> DIFFIE, W. y HELLMAN, M.E.: *New directions in cryptography*, en su ponencia enmarcada en el Proyecto de Investigación concedido por la *National Science Foundation* (Código ENG 10173), y publicados en sede del *IEEE Information Theory Workshop*, Lenox, en junio de 1975 y en el *IEEE International Symposium on Information*, Suecia, en junio de 1976.

<sup>371</sup> Debe tenerse en cuenta al respecto que la ciencia de la computación es distinta a la más conocida informática, pues la primera se dedica al estudio científico de la tecnología necesaria para manejar grandes volúmenes de información y datos, así como los fundamentos teóricos de la información que procesan las computadoras y las distintas implementaciones a través de sistemas computacionales, mientras que la segunda es la ciencia que se encarga del tratamiento automático de la información, a través del desarrollo del software adecuado por parte de programadores. Por tanto, puede decirse que la computación es un estadio previo que posteriormente es utilizado por la informática para el logro de los fines que le son propios.

Como se verá, tales exigencias son extrapolables a la actualidad y aún continúan vigentes, como se desprende de algunos de los principios jurídicos que rigen en materia de firma electrónica<sup>372</sup>, como el de no repudio en origen ni en destino (llamado también por algún autor de la literatura jurídica anglosajona, como MASON<sup>373</sup>, garantía de honestidad), integridad de garantías del ciudadano, neutralidad tecnológica, equivalencia de soportes, responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones o proporcionalidad.

La importancia de la tecnología radica en que es precisamente ésta la que sustentará la seguridad jurídica de los sistemas, ya que ante un eventual proceso contencioso-administrativo en el que se discutan aspectos relativos al soporte electrónico, a efectos probatorios, deberán aportarse al Juez competente evidencias de naturaleza técnica<sup>374</sup> en sede judicial, y serán determinantes en aras a la resolución definitiva del mismo.

Así, la firma electrónica<sup>375</sup> debe considerarse, siguiendo a GARCÍA<sup>376</sup> como un bloque de datos fabricados a partir de una clave privada gracias a los que, mediante la aplicación de otra pública, se demuestra que fue creada con la clave privada que decía haberlo hecho. Por tanto, al aplicarse la firma electrónica (clave privada) al mensaje, cifra también el texto con la clave pública del receptor, de forma que éste con la suya privada lo descifra, y gracias a la clave pública del remitente comprueba que fue creado por él lo cual, con el uso de la función *hash* que, para garantizar que el mensaje o documento no se ha modificado posteriormente a su creación, debe asegurar que será muy complicado encontrar dos documentos cuyo valor para la función *hash* sea igual, y además que, teniendo un usuario el valor de dicha función *hash*, resulta muy complicado también llegar al documento que lo originó.

---

<sup>372</sup> Puede consultarse al respecto, GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, op. cit., pp. 390 y ss. así como, para un estudio en mayor profundidad de los principios citados, GAMERO CASADO, E.: "Objeto, ámbito de...", op. cit., pp. 138 y ss.

<sup>373</sup> MASON, S.: *Electronic Signatures in Law*, Cambridge University Press, 3ª ed., Cambridge, 2012, p. 260

<sup>374</sup> Para conocer en detalle el proceso de cifrado y los elementos del protocolo de firma que deben aportarse en caso de litigio, consúltese: VV.AA.: *Técnicas criptográficas de protección de datos*, Ed. Rama, 3ª ed., 2004, p. 128. Para un estudio actualizado y ampliado de los aspectos técnicos a tener en cuenta a efectos probatorios, vid. ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., pp. 478 y ss.

<sup>375</sup> Aunque parezca una obviedad, no debe confundirse la firma electrónica *stricto sensu* con la firma digitalizada, esto es, la digitalización de una firma manuscrita gracias a la utilización de un escáner, o la efectuada directamente sobre una pizarra electrónica, vid. al respecto también MERCHÁN MURILLO, A.: *Firma electrónica: funciones...*, op. cit., pp. 64 y ss.

<sup>376</sup> GARCÍA, R.M.: *Criptografía clásica y moderna*, Ed. Septem, 2009, p. 81.

Estos requisitos son cumplidos mediante el empleo de diversos algoritmos, como ilustra ALAMILLO DOMINGO<sup>377</sup>, concretamente de resumen, de código de autenticación de mensaje, y de firma digital, empleándose a veces de forma conjunta para incrementar la seguridad y la eficacia computacional. Pues bien, los nuevos sistemas de firma electrónica en los que se está investigando sustentan su seguridad en algoritmos que emplean la física cuántica como base, dado que los algoritmos utilizados hasta ahora, si bien cuentan con un elevado grado de seguridad, son franqueables.

Así, los recientes avances en sistemas de encriptación cuántica gracias a la utilización de sistemas computacionales cuánticos, permiten reducir (siempre y cuando se lleve a cabo una correcta implementación de los sistemas) los riesgos de seguridad al mínimo conocido, siendo prácticamente sistemas infranqueables, incluso permitiendo al mismo tiempo romper la seguridad de los sistemas basados en el algoritmo de *Shor*, el algoritmo cuántico más complejo conocido desde 1994 en que fue denominado como tal por *Peter Shor*, y demostrado en 2001 por IBM, tal y como se ha descubierto recientemente por autores como MONZ, NIGG, MARTÍNEZ, BRANDL, SCHINDLER y otros<sup>378</sup>.

En cualquier caso, descendiendo a los fundamentos del sistema nuevamente, y para que el mismo funcione correctamente, debe tenerse en cuenta la existencia de terceros de confianza o entidades de certificación puesto que, a pesar de que un certificado digital permite el intercambio de claves públicas sin necesidad de acceder a este tipo de entidades, todo el proceso es firmado por una tercera parte confiable o autoridad de certificación que tenga por válida ésta, la cual certificará la validez y vigencia de la firma que, debe tenerse en cuenta, es la firma sobre el *hash* del mensaje, no del mensaje completo, si bien algún autor de la doctrina alemana como VON ONDARZA<sup>379</sup> critica el excesivo nivel de seguridad tan generalizadamente extendido, ya que la “encriptación total” que supone la función *hash* la cual, explica el autor<sup>380</sup>, gracias a la aplicación de un algoritmo específico, consigue obtener un valor de comprobación para el documento

---

<sup>377</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., pp. 475 y ss.

<sup>378</sup> Así se ha publicado por los físicos MONZ, T., NIGG, D., MARTÍNEZ, E.A., BRANDL, M.F., SCHINDLER, P., RINES, R., WANG, S.X., CHUANG, I.L. y BLATT, R.: “Realization of a scalable Shor algorithm”, *Science*, vol. 351, issue 6277), 2016, pp. 1068-1070

<sup>379</sup> VON ONDARZA, P.: *Digitale Signaturen und die staatliche Kontrolle von Fremdleistungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, p. 32

<sup>380</sup> VON ONDARZA, P.: *Digitale Signaturen und...*, op. cit., p. 33

original y el que debe ser comprobado para afirmar que no ha habido modificación alguna (pues el valor, de ser modificado el documento, variaría), trae consigo desventajas como el alto grado de cálculo, tiempo y costes necesarios sobre todo para tratar archivos grandes, ralentizando también las operaciones de descryptación.

Los terceros de confianza cumplen un papel fundamental en este ámbito y existe cierta jerarquía; así, la autoridad “certificadora” se encarga de garantizar la autenticidad de la relación entre el par de claves y su propietario, certificando que es correcto, además de asegurar que las autoridades “registradoras”<sup>381</sup> son válidas y actúan de conformidad a Derecho dado que, el papel de estas autoridades de certificación es, sencillamente, crucial en el nuevo escenario electrónico, como MARTÍNEZ NADAL<sup>382</sup> tuvo ocasión de afirmar tempranamente. Su regulación jurídica ha experimentado una seria modificación a través de la aprobación de un Reglamento europeo que establece un nuevo régimen jurídico, algunas de cuyas principales novedades se comentarán en el siguiente apartado. Y es que la cuestión no carece de relevancia pues, como advierte PUNZÓN MORALEDA<sup>383</sup>, si tradicionalmente la firma ha sido elemento autenticador y el sello fortalecedor, como garantías básicas de los documentos públicos administrativos, tales garantías han sufrido una clara evolución al pasar del soporte papel al electrónico.

## **2. Carácter supranacional de la cuestión: el Reglamento (UE) 910/2014 y su potencial incidencia en las Administraciones Públicas y sus documentos y actos administrativos en soporte electrónico**

El proceso de armonización europeo exige la efectiva realización del principio de mercado único para lo cual es necesario, entre otros, fomentar un clima de confianza en las transacciones supranacionales entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Entre las medidas legislativas que fomentan el acercamiento de los diversos

---

<sup>381</sup> Estas entidades “registradoras” tienen como función registrar el par de claves y su propietario, gestionar la renovación, anulación y revocación de firmas, así como crear listas de firmas no válidas por cualquier motivo, y se encuentran sometidas al control de la autoridad “certificadora” (entidad nacional de acreditación).

<sup>382</sup> MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 64 y ss.

<sup>383</sup> PUNZÓN MORALEDA, J.: “El documento tecnológico en el ámbito jurídico administrativo”, en PUNZÓN MORALEDA, J. (Coord.): *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, Ed. Lex Nova, 2005, p. 73

ordenamientos jurídicos nacionales se encuentran el Reglamento y la Directiva, siendo la primera de ellas la que lleva a cabo de forma más directa la armonización, al ser de directa aplicación en todos los Estados miembros. Tal opción ha sido la escogida para regular la identificación electrónica y los servicios de confianza, lo que demuestra el interés de las instituciones europeas por una uniforme aplicación de las previsiones del Reglamento para fomentar la interoperabilidad de la Unión y, sobre todo, el reconocimiento transfronterizo de los sistemas de identificación y firma electrónicas.

Dado el objeto de la presente investigación, procede efectuar una aproximación a determinados aspectos del ReIDAS en las normas vigentes actualmente en materia de identificación electrónica y servicios de confianza<sup>384</sup>, base del sistema de firma electrónica<sup>385</sup>, dada la incidencia que puede tener en la actividad administrativa y, por ende, en el acto o documento administrativos y su validez.

El legislador europeo ha sido plenamente consciente de la existencia de un clima de desconfianza en los particulares, empresas y Administraciones Públicas, por lo que percibió cierta inseguridad jurídica que les impedía o dificultaba a aquéllos la adopción de la forma electrónica como medio seguro de comunicación y celebración de negocios jurídicos, por lo que el establecimiento de un verdadero clima de confianza para conseguir un pleno desarrollo económico y social en la Unión se erige en finalidad principal a la que respondió la promulgación del Reglamento (UE) 910/2014, y para advertirlo no hay más que acudir a la propia norma, plagada de referencias desde el principio a esta problemática que intenta mitigar.

El Reglamento reconoce asimismo algunos de los aspectos más problemáticos a que se enfrenta la nueva economía digital, principalmente la fragmentación del mercado digital, la falta de interoperabilidad, el incremento de la ciberdelincuencia así como la imposibilidad de los ciudadanos de disfrutar de los beneficios de un mercado único

---

<sup>384</sup> El artículo 3 del Reglamento define el “servicio de confianza” como “el servicio electrónico prestado habitualmente a cambio de una remuneración, consistente en a) la creación, verificación y validación de firmas electrónicas, sellos electrónicos o sellos de tiempo electrónicos, servicios de entrega electrónica certificada y certificados relativos a estos servicios; b) creación, verificación y validación de certificados para la autenticación de sitios web; o c) preservación de firmas, sellos o certificados electrónicos relativos a estos servicios”.

<sup>385</sup> El Reglamento vino además a completar la regulación ya contenida en la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, puesto que ésta había demostrado no ofrecer un marco global transfronterizo que garantizase unas transacciones electrónicas seguras, fiables y fáciles de utilizar.

digital y servicios digitales transfronterizos, en especial en relación con la identificación y autenticación electrónicas seguras<sup>386</sup>, por lo que marca como objetivos principales reforzar la confianza en las transacciones electrónicas del mercado interior, proporcionar una base común para que las relaciones entre ciudadanos, empresas y Administraciones Públicas en la Unión sean seguras, incrementar la eficacia de los servicios en línea tanto públicos como privados, así como los negocios y el comercio electrónico en la Unión y, por último, eliminar la barrera electrónica que supone la falta de reconocimiento mutuo de los sistemas de identificación electrónico entre los distintos Estados miembros.

En relación con la actividad administrativa electrónica, el Reglamento recuerda en su Considerando 8 el establecimiento de “ventanillas únicas” que la Directiva de Servicios impuso a los Estados miembros para garantizar que los procedimientos administrativos relativos al acceso a una actividad de servicios se pudiesen realizar con facilidad, a distancia y por vía electrónica. Ello evidentemente exige la identificación, autenticación y firma electrónicas, para lo que se hace uso de los sistemas de identificación electrónica nacionales que, con demasiada frecuencia, no son reconocidos por otros Estados miembros, por lo que al fin y al cabo son barreras electrónicas las que excluyen a los prestadores de servicios del mercado interior. El Reglamento pretende erradicar este problema mediante la introducción del principio de reconocimiento mutuo, que permitirá a los administrados actuar de forma transfronteriza sin obstáculos de carácter público-administrativos, puesto que la posibilidad de autenticar en los servicios públicos<sup>387</sup> es un mínimo indispensable en la regulación contenida en el mismo<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> Téngase en cuenta al respecto el Proyecto europeo STORK (*Secure idenTity acrOss boRders linKed*) 2.0, que pretende avanzar en la identificación transfronteriza en distintos servicios considerados esenciales a través de los subprogramas *eAcademia* (educación), *eBanking* (bancario), *eGov4Business* (relaciones entre la Administración y las empresas) y *eHealth* (sanidad).

<sup>387</sup> El propio Considerando (10) *in fine* del Reglamento (UE) 910/2014 recuerda la importancia de las previsiones del Reglamento en relación con la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, puesto que conjugando ambas se conseguirá mejorar la seguridad y continuidad de la misma a través del reconocimiento mutuo de los sistemas de identificación y autenticación electrónicas, de forma que si un ciudadano europeo necesita recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro en que se encuentra, sus datos médicos estarán accesibles gracias al reconocimiento mutuo y utilización de los sistemas de identificación electrónica.

<sup>388</sup> Considerando (12) *ab initio* del Reglamento (UE) 910/2014.

El artículo 1 del Reglamento concreta que se dicta con objeto de establecer las condiciones en que los Estados miembros deben reconocer los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas pertenecientes a un sistema de identificación electrónica de otro Estado miembro notificado a la Comisión; las normas para los servicios de confianza en las transacciones electrónicas; y, por último, un marco jurídico para firmas electrónicas, sellos electrónicos, sellos de tiempo electrónicos, documentos electrónicos, servicios de entrega electrónica certificada y servicios de certificación para la autenticación de sitios web.

Como puede deducirse, el Reglamento efectúa una distinción inicial entre la identificación electrónica, la firma electrónica y otros servicios de confianza, teniendo entre sus finalidades la de reconocer a nivel transfronterizo los medios de identificación electrónica (únicamente a efectos de su reconocimiento) y establecer una completa regulación normativa en relación con la firma electrónica y los servicios de confianza (establecimiento de un marco normativo) toda vez que, como ha tenido ocasión de afirmar ALAMILLO DOMINGO<sup>389</sup>, los sistemas de identificación se basan en la soberanía de los Estados, con base en la noción o misión de servicio público, mientras que los servicios de confianza suelen ser prestaciones de servicios de carácter mercantil.

Por todo ello, la regulación de los sistemas de identificación electrónica será la que cada Estado miembro apruebe en Derecho nacional, pues la normativa europea pretende únicamente establecer el marco necesario para el reconocimiento transfronterizo, si bien en la práctica, por motivos obvios, muchas de sus previsiones incidirán en dicha regulación interna.

Dado que entre las finalidades del Reglamento destaca la de establecer un marco jurídico general para utilizar los servicios de confianza notificados por los Estados miembros, de prestadores de este tipo de servicios establecidos en la Unión (aunque sin establecer la obligación general de utilizarlos ni de instalar un punto de acceso para todos y cada uno de los servicios de confianza existentes), el mismo resulta de

---

<sup>389</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Análisis de los anteproyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)*, Comunicación presentada en el seno de la Comisión de Expertos para la reforma de la administración electrónica celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 4 de mayo de 2015 (accesible vía web a través de la dirección: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/fichaalamillov1.pdf?sfvrsn=0> (última consulta efectuada el 12/10/2018)).

aplicación, ex artículo 2, a los sistemas de identificación electrónica notificados por los Estados miembros y a los prestadores de servicios de confianza establecidos en la Unión. Por el contrario, el Reglamento no afecta a la regulación existente para los sistemas internos ya establecidos o que se establezcan en un futuro, tanto en empresas como en Administraciones Públicas, ya que se trata de aspectos propios de la gestión de empresas o procedimientos internos para la utilización de servicios de confianza que en nada afectan a terceros quedando, por tanto, sus efectos *ad intra* del ente de que se trate.

Por ello, únicamente se deben observar las prescripciones del Reglamento en aquellos servicios de confianza que sean prestados al público general y, por ende, puedan tener efectos frente a terceros quedando excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento. Por tanto, aquellos servicios de confianza que únicamente desplieguen efectos *ad intra* de la Administración (como un sistema de identificación del personal que no reúne todas las garantías de la firma electrónica avanzada, por ejemplo), por tratarse de su ámbito interno o doméstico.

Como puede advertirse en este punto, la regulación contenida en el ReIDAS afecta a los sistemas de identificación en lo que concierne a su reconocimiento mutuo por parte de los Estados miembros de la Unión, ya que la regulación en sentido material de la cuestión es efectuada por la normativa interna de cada uno de dichos Estados miembros (en el caso de España, por ejemplo, la Ley de Firma Electrónica de 2003; en Alemania la *Signatur Gesetz* de 2001).

## 2.1. La identificación electrónica

El ReIDAS establece, en relación con la identificación electrónica, un sistema de reconocimiento transfronterizo sin imponerle una regulación normativa concreta, a diferencia de los servicios de confianza, que sí regula pormenorizadamente.

El apartado 1 del artículo 3 del ReIDAS define la identificación electrónica como “el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica”, precisándose a continuación que los medios de identificación electrónica son “una unidad material y/o inmaterial que contiene los



datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea” (artículo 3.2 ReIDAS). Por su parte, el apartado 3 del mismo precepto dispone que los datos de identificación de una persona a que se refieren los apartados anteriores son aquellos “que permiten establecer la identidad de una persona física o jurídica, o de una persona física que representa a una persona jurídica”.

Como afirma ALAMILLO DOMINGO<sup>390</sup>, la identificación electrónica es un régimen que sustenta al proceso de identificación electrónica mediante la expedición de unidades de datos identificativos que sirven a la autenticación, pudiendo tratarse de multitud de tecnologías, como los certificados digitales. Por tanto, la identificación electrónica es el requisito para la autenticación ante un servicio público en línea, entendiéndose ésta, conforme al artículo 3.5 ReIDAS, como un “proceso electrónico que posibilita la identificación electrónica de una persona física o jurídica, o del origen y la integridad de datos en formato electrónico”.

Para el funcionamiento del sistema, por tanto, se requieren como elementos básicos un conjunto de datos que permiten identificar a una persona física<sup>391</sup> o jurídica y un servicio para la identificación en virtud del cual se expidan los medios de identificación electrónica de tales personas físicas o jurídicas, que permita la autenticación, entendida ésta como el proceso electrónico de identificación o del origen e integridad de los datos en formato electrónico, de la parte usuaria (que confía en el servicio de confianza que lo identifica) ante un organismo del sector público<sup>392</sup>.

El mismo autor<sup>393</sup> señala que uno de los aspectos más destacables del ReIDAS es la referencia a tres servicios de seguridad que efectúa: (i) la autenticación de entidad (núcleo esencial, a juicio de aquél, del Reglamento europeo), (ii) la autenticación del origen de los datos, y (iii) la integridad de estos pudiendo existir, a tenor de la dicción

---

<sup>390</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: “Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 699

<sup>391</sup> En el ReIDAS, cuando se hace referencia a una persona física se entienden comprendidas tanto las personas físicas que actúan en nombre propio, como aquéllas que lo hacen en representación de una persona jurídica (tercero).

<sup>392</sup> Se entiende por organismo del sector público, conforme con la definición contenida en el apartado 7) del ReIDAS, a “las autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por una o varias de estas autoridades o uno o varios de estos organismos de Derecho público, o las entidades privadas mandatarias de al menos una de estas autoridades, organismos o asociaciones para prestar servicios públicos actuando en esa calidad”.

<sup>393</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: “Identidad y firma...”, *op. cit.*, p. 700

literal del artículo 3.5 ReIDAS, medios de identificación que garanticen únicamente el primer servicio o el resto. Pero lo determinante es que un sistema de identificación únicamente precisa el primero de ellos, mientras que los sistemas de firma o sello electrónicos avanzados requieren de los tres.

La denominación y efectos jurídicos que se otorguen a cada uno de estos sistemas, como aprecia ALAMILLO DOMINGO<sup>394</sup>, dependerá de la mera voluntad política de los Estados miembros, puesto que, como ejemplifica el citado autor, tecnologías como la firma digital basada en certificado puede funcionar indistintamente como medio de identificación electrónica y como sistema de firma o sello, por lo que en el caso español cualquier certificado cualificado que se expida por entes públicos o privados pueden ser reconocidos como medio de identificación electrónica por el resto de Estados miembros.

En virtud del artículo 6.1 del ReIDAS se establece el ya citado principio de reconocimiento mutuo, por parte de los Estados miembros, de los medios de identificación electrónica y autenticación, cuando sean necesarios para acceder a un servicio prestado en línea por un organismo del sector público, siendo dicho reconocimiento<sup>395</sup> de carácter preceptivo en caso de: (a) ser un medio de identificación incluido en la lista publicada por la Comisión conforme al artículo 9 del Reglamento (para lo cual, a su vez, ha debido ser notificado por el Estado miembro en cuestión conforme a la Decisión de Ejecución (UE) 1984/2015, de la Comisión, de 3 de noviembre, por la que se definen las circunstancias, formatos y procedimientos de notificación con arreglo al artículo 9, apartado 5, del ReIDAS), siempre que cumplan los requisitos del artículo 7; (b) tener un nivel de seguridad igual o superior (sustancial o alto) al exigido por el órgano en cuestión para el acceso al servicio en línea en el Estado miembro donde radique; y (c) el organismo público en cuestión utilice un nivel de seguridad alto o sustancial para el acceso al servicio excluyéndose en este caso, como acertadamente aprecia ALAMILLO DOMINGO<sup>396</sup>, la posibilidad de que una persona con un sistema más seguro que el exigido en origen pueda hacer uso del mismo, limitación para la cual encuentra

---

<sup>394</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: “Identidad y firma...”, *op. cit.*, p. 701

<sup>395</sup> Se prevé que se lleve a cabo, como máximo, en el plazo de doce meses desde la publicación de la lista, a que se hará referencia más adelante, por la Comisión.

<sup>396</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: “Identidad y firma...”, *op. cit.*, p. 702

explicación en el hecho de no obligar a ningún Estado miembro a incorporar en sus sistemas una autenticación que no requiere a nivel interno.

No obstante lo anterior, también se permite que un sistema de identificación electrónica incluido en la lista de confianza de un nivel de seguridad bajo sea reconocido por los órganos de sector público a efectos de la autenticación transfronteriza en cualquier servicio prestado en línea, siendo en este caso, por tanto, un reconocimiento transfronterizo facultativo *ex* artículo 6.2 ReIDAS.

En cuanto a los niveles de seguridad<sup>397</sup> de los sistemas de identificación electrónica, el artículo 8 del Reglamento distingue entre bajo, que se caracteriza por ostentar un grado de confianza limitado en la identidad, con el objetivo de reducir el riesgo de uso indebido o alteración de la misma; sustancial, que ofrece un grado de confianza sustancial; y por último alto, con un grado de confianza superior al correspondiente al nivel de seguridad sustancial, haciéndose referencia a las especificaciones técnicas, normas, procedimientos y controles técnicos.

En cualquier caso, el Reglamento dispone que no deben imponerse por los Estados miembros requisitos de carácter técnico o equipos y programas informáticos determinados para el reconocimiento recíproco de sistemas de identificación, así como tampoco pueden imponerse costes asociados a las partes usuarias establecidas fuera del territorio nacional<sup>398</sup>, si bien los correspondientes a otros requisitos inherentes a la propia tecnología (tales como lectores de tarjetas inteligentes, necesarios para que el *software* correspondiente reconozca la firma o certificado electrónico almacenado en el chip, por ejemplo, del DNI-e), debe asumirse por los operadores que hagan uso de la misma.

Por último, no debe obviarse que, en la aplicación del Reglamento, debe cuidarse el respeto a los dictados del Reglamento 2016/679/UE, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales

---

<sup>397</sup> Según el Considerando (16) del Reglamento: “los niveles de seguridad deben caracterizar el grado de confianza de un medio de identificación electrónica para establecer la identidad de una persona, garantizando así que la persona que afirma poseer una identidad determinada es de hecho la persona a quien se ha atribuido dicha identidad”.

<sup>398</sup> Lo cual a mi entender resulta criticable, ya que el principio de libertad de circulación en relación con el de equivalencia exige que se trate igual a nacionales de otros Estados miembros, pero no de forma más beneficiosa, por lo que, si un servicio determinado prestado por un ente privado es oneroso, para el nacional de otro Estado también debería serlo.

y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE<sup>399</sup> (Reglamento General de Protección de Datos o RGPD, en adelante), debiéndose utilizar únicamente, en aras a la prestación de servicios regulados, aquellos datos identificativos adecuados, pertinentes y no excesivos, con estricta observancia de los principios de confidencialidad y seguridad en el tratamiento de los mismos, para lo cual se han establecido distintos niveles de seguridad los cuales, en cualquier caso, deben ser tecnológicamente neutros.

Así mismo, se permite expresamente en el artículo 5.2 del Reglamento el uso de seudónimos en las transacciones electrónicas, si bien ello debe llevarse a efecto con cautela y garantizando la seguridad y veracidad de la información<sup>400</sup>. En este sentido, el propio Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (PRDLPAC-RJSP, en adelante) establece en su artículo 11.4 que cuando las actuaciones a llevar a cabo afecten a información clasificada, a la seguridad pública, a la defensa nacional o esté legalmente justificado el anonimato para su realización, la Administración solicitará a los prestadores cualificados de servicios de confianza que consignen en el certificado electrónico un seudónimo, denominándose “certificado electrónico cualificado de empleado público con seudónimo”, al que se le otorga idéntico uso, capacidad y funcionalidad, siempre limitado a las actuaciones relacionadas con la seguridad pública que justificaron su emisión, y cuya revelación de identidad está reservada a los órganos judiciales y las autoridades públicas competentes, debiendo proceder a ello el prestador de servicios de confianza, previa petición oficial, salvo en aquellos casos en que se conserve dicha información por la Administración, lo cual resulta de dudoso acierto e incluso podría

---

<sup>399</sup> Considerando (11) del Reglamento (UE) 910/2014; aunque éste se refería a la entonces vigente Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas, debe entenderse referido al actualmente vigente Reglamento que regula la materia.

<sup>400</sup> La regulación de las monedas criptográficas como *Bitcoin* resultará una necesidad en un futuro próximo para colmar la laguna jurídica existente al respecto, siendo necesario para ello este reconocimiento del uso de seudónimos, dado que es el sistema empleado por sus usuarios en aras a su identificación pública para salvaguardar al mismo tiempo su privacidad. No obstante, el descubrimiento anteriormente citado (*op. cit.*, nota al pie 378) de la posible vulneración del algoritmo de *Shor* ha provocado cierto revuelo por la posible ruptura de los sistemas criptográficos que sustentan este sistema de monedas criptográficas gracias a la tecnología cuántica, lo cual obliga a incrementar la seguridad de estos.

vulnerar la legalidad vigente, al ser contrario a la función garantista que cumple el tercero de confianza.

## 2.2. La necesaria interoperabilidad de los sistemas de identificación electrónica y la cooperación entre Estados: regulación del órgano de supervisión y la notificación de los servicios de confianza por parte de los Estados miembros

En relación con la interoperabilidad, el artículo 12 del Reglamento (UE) 910/2014 dispone que los sistemas de identificación electrónica nacionales notificados serán interoperables, estableciéndolo por tanto con carácter preceptivo, ordenando para ello el establecimiento de un marco de interoperabilidad que garantice la neutralidad desde un punto de vista tecnológico, la no discriminación entre soluciones técnicas nacionales específicas, la adecuación a las normas internacionales y europeas, siempre que sea posible, la aplicación del principio de privacidad desde el diseño y el procesamiento de los datos personales conforme al RGPD.

Para ello, el propio Reglamento dispone el contenido que deberá observar el marco de interoperabilidad, a saber:

- i) Requisitos técnicos mínimos relativos a los niveles de seguridad.
- ii) Correspondencia entre los niveles de seguridad nacionales de los sistemas de identificación electrónica y los niveles de seguridad del artículo 8.
- iii) Requisitos técnicos mínimos para garantizar la interoperabilidad.
- iv) Conjunto mínimo de datos de identificación de la persona que representan de manera única a una persona física o jurídica.
- v) Reglas de procedimiento.
- vi) Acuerdos para la resolución de litigios.
- vii) Normas comunes de seguridad operativa.

Para lograr una verdadera interoperabilidad es necesaria la cooperación entre los distintos Estados miembros de la Unión, para lo cual se establece por el ReIDAS en su artículo 12.5 que, como mínimo, dicha cooperación será efectiva en relación con la interoperabilidad de los sistemas de identificación electrónica notificados y aquellos que tienen intención de notificar, y la seguridad de los sistemas de identificación electrónica.

Para tal fin, se establecen así mismo en el apartado 6 del mismo precepto los aspectos en que debe consistir la cooperación, básicamente en un intercambio de información, experiencia y prácticas idóneas sobre sistemas de identificación electrónica, en particular sobre los requisitos técnicos relacionados con la interoperabilidad y los niveles de seguridad, así como sobre el trabajo con los niveles de seguridad contemplados, en una revisión colaborativa de los sistemas de identificación electrónica que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento, lo cual será positivo en aras a ulteriores modificaciones del mismo por parte de los órganos legislativos comunitarios y, por último, en un examen de las novedades surgidas en el sector de la identificación electrónica, lo cual resulta muy positivo en relación con la adaptación de los Estados miembros al estado de la ciencia y la técnica en cada momento, evitando así la obsolescencia de los sistemas en el mismo regulados. Como puede vaticinarse, muchos de estos intercambios de información y documentación habrán de llevarse a cabo por organismos públicos, por lo que las Administraciones Públicas deben ser principales garantes de la interoperabilidad.

Para contribuir a la interoperabilidad, el Reglamento prevé que los Estados miembros notifiquen a la Comisión los servicios de confianza aceptados a nivel nacional, con una descripción completa de sus niveles de seguridad, emisor, responsable, régimen de supervisión, régimen de responsabilidades, información sobre las entidades que gestionan el registro de datos únicos de identificación y una descripción de cómo se cumplen los requisitos técnicos que establezcan los actos de ejecución adoptados por la Comisión anteriormente mencionados, con el fin de posibilitar a la misma la publicación de la lista de los servicios de confianza notificados por los Estados miembros y su información básica en el Diario Oficial de la Unión Europea. Posteriormente a la notificación inicial, si se efectúa una modificación de la lista inicial por parte de algún Estado miembro, la Comisión debe publicarla en el plazo de dos meses desde su recepción, si se trata de una modificación de la lista inicial, plazo que se reduce a un mes si es cualquier modificación ulterior.

Tales competencias deberán llevarse a cabo, como acertadamente indica ALAMILLO DOMINGO<sup>401</sup>, de acuerdo con las normas nacionales de procedimiento administrativo

---

<sup>401</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., p. 82

propias del Estado que las ejerce, debiendo las resoluciones estar motivadas, de acuerdo con el Considerando (46) del ReIDAS, por lo que las decisiones adoptarán la forma de acto administrativo (electrónico) y los documentos en que se sustente la decisión también lo estarán, pudiendo adolecer por tanto de los mismos vicios o defectos que se examinarán a lo largo del presente trabajo.

Por su parte, las funciones principales del órgano de supervisión se concretan en el control de los prestadores de servicios de confianza cualificados establecidos en el Estado miembro de que se trate, garantizando mediante actuaciones de inspección previas<sup>402</sup> y posteriores que cumplen los requisitos del Reglamento, así como la adopción de las medidas necesarias en relación con los prestadores no cualificados mediante actividades de supervisión posteriores (a diferencia de los cualificados, cuya supervisión es previa), cuando se reciba información relativa a cualquier posible incumplimiento del Reglamento.

Adicionalmente, en ejecución de su función supervisora, al órgano de supervisión se le imponen por los artículos 18 y siguientes del Reglamento las obligaciones de cooperar con otros organismos y prestarles asistencia, informar a otros organismos y al público de la violación de seguridad o pérdida de integridad que detecte, analizar los informes de evaluación de la conformidad, dar cuenta a la Comisión de sus actuaciones, realizar auditorías de prestadores de servicios cualificados, cooperar con las autoridades de protección de datos informándoles de la posible infracción de las normas sobre protección de datos si se desprende del resultado de las auditorías, conceder la cualificación a los prestadores de servicios de confianza y retirarla comunicándolo al organismo responsable de la lista de confianza, así como requerir a los prestadores de servicios de confianza para que adecúen su actuación a las previsiones del Reglamento. Como corolario a la función supervisora del órgano, todos deben presentar anualmente a la Comisión un informe sobre sus actividades principales del año anterior con el resumen de notificaciones de violación del Reglamento recibidas de los prestadores de

---

<sup>402</sup> La previsión de controles previos por parte del órgano de supervisión en ningún caso resulta contrario a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), la cual pretende precisamente eliminar controles previos a las actividades de servicios; en este caso, no se trata de una actuación inspectora previa al inicio de la actividad de prestación de servicios de confianza, sino que tal inspección se encuentra únicamente referida a su inclusión en la lista de confianza y a efectos de su reconocimiento transfronterizo.

servicios, el cual se pondrá a disposición de todos los Estados miembros para posibilitarles su consulta e incrementándose así la seguridad jurídica ofrecida.

Por otra parte, en relación a la violación de la seguridad de cualquier servicio de confianza, el artículo 10 del Reglamento prevé que, en caso de que el sistema de identificación electrónica sea violado o puesto parcialmente en peligro de forma que afecte a la fiabilidad de la autenticación transfronteriza, el Estado miembro competente lo suspenda o revoque sin dilaciones indebidas e informe a los demás Estados miembros y a la Comisión, independientemente del informe anual al que se hizo referencia anteriormente.

En este sentido, se prevé por el Reglamento un sistema de responsabilidad tanto para el propio Estado como por las partes intervinientes en función del sujeto al que se impute un determinado incumplimiento. Ahora bien, en todo caso se establece expresamente el respeto a las normas nacionales sobre responsabilidad, a las que no afectará, en especial a la definición de daños y perjuicios, procedimiento y carga de la prueba, por lo que debe entenderse que no se modifica el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de los distintos Estados miembros.

Resulta de especial interés reseñar que el legislador comunitario pretende otorgar mayor protección a los operadores que confíen en un prestador de servicios de confianza cualificado, por lo que el artículo 13 del Reglamento establece un régimen de responsabilidad objetiva que imputa a los prestadores de servicios de confianza la responsabilidad de los perjuicios causados, tanto de forma deliberada como por negligencia, a cualquier persona física o jurídica por el incumplimiento de las obligaciones dictadas por el mismo, distinguiendo dos situaciones para determinar el sujeto al que incumbe la carga de la prueba en aras a constatar la imputación del daño, a saber:

- a) Si el prestador no es cualificado, la persona física o jurídica que pretenda el resarcimiento deberá probar los perjuicios efectivamente ocasionados y su relación de causalidad con la conducta intencionada o negligente del primero.
- b) Si el prestador es cualificado, se invierte la carga de la prueba y se establece una presunción *iuris tantum* de la intencionalidad o negligencia



del prestador cualificado de servicios, que podrá no obstante demostrar lo contrario para evitar las nada deseables presunciones *iuris et de iure*.

La importancia de lo anterior radica en que, en caso de que el prestador de servicios informe a sus clientes (no sólo particulares, sino también Administraciones Públicas y empleados públicos, por supuesto) con antelación sobre las limitaciones de la utilización de sus servicios, y la actuación de aquéllos exceda de dicha limitación debidamente preavisada, quedará exonerado de responsabilidad *ex* artículo 13.2 del Reglamento, como sucede en los supuestos en que se hace constar en las Condiciones Generales el deber de custodia y el uso personal e intransferible del certificado electrónico a los que posteriormente nos referiremos.

Por su parte, para el inicio en la prestación de servicios de confianza con carácter cualificado, el artículo 21 del Reglamento exige que se notifique al organismo de supervisión su intención y un informe de evaluación de conformidad expedido por un organismo de evaluación de conformidad<sup>403</sup>, el cual será verificado por aquél. Si concluye que es conforme, lo incluirá en la lista como prestador cualificado de servicios de confianza en el plazo máximo de tres meses, pudiendo informar, en caso de no cumplir en plazo su obligación, de los motivos y el plazo previsto para concluir<sup>404</sup>.

Tales “listas de confianza” a que se refiere el artículo 22 del Reglamento contendrán la información relativa a los prestadores cualificados de servicios de confianza con respecto a los cuales sea responsable, junto con la información relacionada con los servicios de confianza cualificados prestados por ellos, debiendo los Estados miembros mantenerlas actualizadas y firmadas o selladas electrónicamente.

Los prestadores cualificados que hayan sido incluidos en la lista de confianza puedan usar la “etiqueta de confianza UE” para indicar de forma simple, reconocible y clara, la cualificación de los servicios de confianza que prestan *ex* artículo 23 del Reglamento, lo cual garantiza que observan los requisitos establecidos por el mismo.

---

<sup>403</sup> El artículo 3 del Reglamento define al “organismo de evaluación de conformidad” como aquél “cuya competencia para realizar una evaluación de conformidad de un prestador cualificado de servicios de confianza y de los servicios de confianza cualificados que éste presta esté acreditada”.

<sup>404</sup> No se han previsto consecuencias para el incumplimiento o su reiteración, por lo que quedará en manos de los órganos de supervisión no dilatar los procedimientos de verificación *sine die* debiendo regir, en defecto de un plazo específico, el supletorio de tres meses de la LPAC.

Resulta relevante mencionar que los prestadores de servicios cualificados que, a su vez, expidan certificados de confianza cualificados, deberán proporcionar de forma gratuita, fiable y eficiente la posibilidad de comprobación del estado de validez o revocación de sus certificados incluso con posterioridad a su periodo de validez, lo cual resulta crucial en materia de firma electrónica en aras a la verificación correspondiente, pudiendo su ausencia tener efectos invalidatorios en los actos de las Administraciones Públicas, como se verá posteriormente.

En relación con los requisitos de seguridad, en virtud del artículo 19 del Reglamento todos los prestadores de servicios (cualificados y no cualificados) deben adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten adecuadas para gestionar los riesgos, teniendo en cuenta el estado de los avances tecnológicos y el grado de riesgo existente, informando a los interesados de los efectos negativos de cualquier incidente de seguridad que se produzca, e informar sin demora al órgano de supervisión (en su caso, también a los órganos nacionales, entre los que deben considerarse incluidas las autoridades competentes en materia de protección de datos) cualquier violación de seguridad o pérdida de integridad con impacto significativo en el servicio prestado o los datos personales de terceros, así como al sujeto cuyos datos han resultado afectados.

Por su parte, a los prestadores de servicios de confianza cualificados, el artículo 20 del Reglamento les exige que sean auditados<sup>405</sup> como mínimo cada dos años por un organismo de evaluación de la conformidad, debiendo además asumir los costes que ello conlleve, con el fin de confirmar que continúan cumpliendo los requisitos de seguridad. Una vez concluida la auditoría, el informe de evaluación de la conformidad se envía al organismo de supervisión en los tres días hábiles siguientes a su recepción. En caso de detectarse deficiencias o vulnerabilidades, el organismo de supervisión puede ordenar su corrección atribuyéndosele, en caso de no corregirlo, la facultad de retirar la cualificación al prestador o al servicio<sup>406</sup>.

---

<sup>405</sup> Esta auditoría es independiente de aquellas auditorías que efectúe directamente el organismo de supervisión o que éste solicite realizar a un organismo de evaluación, dando cuenta del resultado a las autoridades competentes en materia de protección de datos.

<sup>406</sup> Se distingue entre el prestador de servicios cualificado y los servicios de confianza cualificados como dos conceptos distintos, pudiendo perder la cualificación el propio prestador o alguna de las actividades (servicios) de confianza que lleve a cabo.

Como puede advertirse, ninguna duda cabe de que, tanto en el sistema de acreditación, como en el de responsabilidad instaurados por el Reglamento, la Administración juega un papel activo y tendrá incidencia en los procedimientos administrativos que, al efectuarse en soporte electrónico, hagan uso de los servicios de confianza, así como en los documentos y actos dictados por la misma.

### 2.3. Regulación de la firma y sello electrónicos. Novedades respecto al *time stamping* o sellado electrónico de tiempo

La firma electrónica se define en el artículo 2 del Reglamento como unos datos en formato electrónico anejos a otros o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar, y el sello electrónico como unos datos en formato electrónico anejos a otros o asociados de manera lógica con ellos, para garantizar el origen y la integridad de estos últimos. El artículo 25, por su parte, prohíbe denegar efectos jurídicos (de todo orden, incluyendo la posibilidad de su utilización como prueba en cualquier proceso judicial, del orden que sea) a la firma y sello electrónicos por el simple hecho de encontrarse en dicho soporte en virtud del principio de equivalencia<sup>407</sup>, más aun teniendo en cuenta que, conforme al artículo 25.2 del Reglamento, la firma electrónica cualificada<sup>408</sup> tiene el efecto jurídico equivalente al de la firma manuscrita. De hecho, en este sentido, el artículo 27 del Reglamento se refiere a la firma electrónica en los servicios públicos estableciendo que, si un Estado miembro requiere una firma electrónica avanzada basada en certificado cualificado para utilizar un servicio en línea ofrecido por un organismo del sector público, dicho Estado miembro la reconocerá en los formatos especificados por la Comisión, sin que sea posible para los Estados miembros exigir, para acceder a cualquier servicio público transfronterizo prestado por cualquier Administración de la Unión, un servicio con nivel de garantía superior al de la firma electrónica cualificada.

---

<sup>407</sup> La doctrina también se refiere al mismo como principio de intangibilidad, en este sentido GAMERO CASADO, E.: "Objeto, ámbito de...", *op. cit.*, p. 92

<sup>408</sup> Denominación adoptada por el legislador comunitario que comparte con el ordenamiento jurídico alemán, en cuya regulación se la denomina *qualifizierte elektronische Signatur* o por sus siglas QES.

Debe tenerse en cuenta que los requisitos que debe cumplir una firma electrónica avanzada son la vinculación única al firmante, su identificación, existencia de un control exclusivo del medio de creación y, por último, la posibilidad de detectar cualquier modificación ulterior de cualquier dato firmado electrónicamente. Como puede observarse, las garantías que este método ofrece pueden incluso superar a las inherentes a la firma manuscrita, incrementadas además por la trazabilidad que ofrece. Para la cualificación de los certificados de firma electrónica, el artículo 28.1 exige que se cumplan los requisitos técnicos del Anexo I, ambos del Reglamento, previéndose la posibilidad de incluir atributos adicionales<sup>409</sup> siempre que no afecten a la interoperabilidad ni a su reconocimiento, lo cual puede plantear cierta problemática que será tratada posteriormente. Adicionalmente, los artículos 28 y 38 prevén, en relación con los certificados cualificados de firma y sello electrónicos, respectivamente, que en caso de revocación tras su inicial activación pierdan su validez sin posibilidad de recuperar su estado, y la posible suspensión temporal de los mismos, que en cualquier caso deberá ser una información visible claramente al consultar el estado del certificado. En relación con los dispositivos, los artículos 29, 30 y 31 establecen, respectivamente, los requisitos de los dispositivos cualificados de creación de firma electrónica (que deberán cumplir los requisitos del Anexo II del Reglamento), la certificación de los mismos por parte de los organismos públicos o privados que designe cada Estado miembro, que se basará en un proceso de evaluación de la seguridad llevado a cabo de conformidad con las normas para la evaluación de la seguridad de los productos de tecnología de la información que publique la Comisión ex artículo 30.3.a) del Reglamento, y la publicación de una lista de dispositivos cualificados de creación de firmas electrónicas, los cuales serán comunicados a la Comisión por parte de los Estados miembros en el plazo máximo de un mes desde que se concluya la certificación positiva, lo cual también se efectuará, en caso de expiración de dicha certificación, en el mismo plazo. El artículo 39 del Reglamento dispone que las previsiones anteriores se apliquen *mutatis mutandis* a los sellos electrónicos.

Debe tenerse en cuenta que existen servicios de validación de firma electrónica cuyos requisitos se establecen en el artículo 32 del Reglamento, y puede ser cualificado si se

---

<sup>409</sup> Atributos que pueden ser, por ejemplo, la mención específica en el certificado electrónico de que el mismo corresponde a un empleado público en el ejercicio de sus funciones.

dan los requisitos del artículo 33, esto es, que se realice la validación conforme al artículo 32 y se permita que las partes usuarias reciban el resultado del proceso de validación de manera automatizada de forma fiable, eficiente e incluya la firma o sello electrónico avanzado del prestador cualificado de servicios de validación.

Así mismo, se regula la prestación de un servicio cualificado de conservación de firmas electrónicas en el artículo 34 del Reglamento, en virtud del cual solo podrá prestar un servicio cualificado de conservación de firmas electrónicas cualificadas el prestador cualificado de servicios de confianza que utilice procedimientos y tecnologías capaces de ampliar la fiabilidad de los datos de la firma electrónica cualificada más allá del período de validez tecnológico.

Por su parte, en relación con el sello electrónico, los artículos 35 y siguientes del Reglamento se refieren al mismo de forma similar que para la firma electrónica en relación con sus efectos jurídicos, requisitos y su utilización en servicios públicos, efectuando una remisión al Anexo III del cuerpo legal en relación con los requisitos de los certificados cualificados de sello electrónico, con las adaptaciones procedentes.

Para el sello electrónico en los servicios públicos, se establece en el artículo 37 del Reglamento que si un Estado miembro requiere un sello electrónico avanzado con el fin de utilizar un servicio en línea ofrecido por un organismo del sector público, o en nombre del mismo, dicho Estado miembro los reconocerá, al menos, en los formatos o con los métodos definidos en los actos de ejecución ya citados anteriormente, por lo que se exige el sello electrónico reconocido como requisito de reconocimiento mutuo, si bien su regulación queda relegada a los actos de ejecución aprobados por la Comisión.

El artículo 2 del Reglamento define el sello electrónico de tiempo como aquellos datos en formato electrónico que vinculan otros datos, también en formato electrónico, con un instante temporal concreto, sirviendo como prueba de que estos últimos datos existían en ese instante, y confiriéndole el artículo 41 del Reglamento efectos jurídicos equivalentes a los sellos de fecha y hora tradicionales.

Tradicionalmente, estos sellos de fecha y hora eran estampados en el papel con sistemas de tinta, posteriormente autoentintables o de entintaje automático y, en etapas más recientes, mediante sistemas automáticos de estampillado de fecha y hora; en todos los casos se trataba de sellos no electrónicos y los mismos gozaban de una presunción *iuris tantum* de exactitud de la fecha y hora que indicaban. En la actualidad, al tratarse de un

soporte distinto, el electrónico, además de gozar de la misma presunción de veracidad (que, recuérdese, admite prueba en contrario), deben añadirse otras garantías como de autoría e integridad de los datos a los que están vinculados por lo que, al igual que ocurre con la firma y sello electrónicos, debe reconocérsele la misma validez jurídica que su homólogo en soporte papel.

Por supuesto, se establece expresamente también el principio de reconocimiento mutuo para los sellos electrónicos de tiempo, si bien el artículo 42 del ReIDAS exige una serie de requisitos consistentes en la vinculación de la fecha y hora de forma segura, sin que sea posible modificarlas, así como basarse en una fuente de información temporal vinculada al Tiempo Universal Coordinado y ser firmado con una firma o sello electrónicos avanzados o método equivalente.

En relación con el Tiempo Universal Coordinado a emplear por el sistema de *time stamping*, debe apuntarse que se concreta en los principales estándares de tiempo universalmente admitidos, como el UTC, el cual se basa en el tiempo atómico internacional y se calcula a partir de una media ponderada de las señales de setenta relojes atómicos establecidos en distintos laboratorios internacionales, el cual resulta más preciso que el tradicional GMT o tiempo medio de Greenwich, el cual emplea meros cálculos matemáticos basados en la duración del día solar.

Debe tenerse en cuenta al respecto la previsión del artículo 15 del Esquema Nacional de Interoperabilidad el cual establece, en relación con la hora oficial, que los sistemas y aplicaciones que estén implicados en la prestación de algún servicio público electrónico estarán sincronizados con la hora oficial con una precisión y desfase que garanticen la certidumbre de los plazos administrativos, realizándose dicha sincronización con el Real Instituto y Observatorio de la Armada (ROA, en adelante), conforme con lo previsto en el Real Decreto 1308/1992, de 23 de octubre, por el que se declara al mismo laboratorio depositario del patrón nacional de tiempo.

La sincronización con el ROA es empleada por los prestadores de servicios de confianza en nuestro país a efectos del *time stamping*, esto es, para certificar la fecha y hora de una determinada actuación mediante la incrustación del sello electrónico de tiempo, por lo que la robustez del medio probatorio, al emplear un certificado electrónico en conjunción con un sello electrónico de tiempo, es de grado máximo y la destrucción de su presunción de veracidad prácticamente imposible. Y es que, en el soporte papel, el

aspecto temporal puede manipularse, en particular, añadiendo la fecha posteriormente, sin que queden rastros de dicha modificación. Dicho soporte permite también antedatar un documento respecto de la fecha de su firma efectiva, sin posibilidad de detección posterior. En cambio, en el soporte electrónico, estas tecnologías permiten acreditar que un documento fue firmado en un concreto momento, y dar garantías asimismo de su integridad, autenticidad y no repudio, proporcionando un nivel superior de seguridad jurídica.

#### 2.4. El servicio de entrega electrónica certificada y la autenticación de sitios web: ¿una nueva posibilidad para la Administración?

El ReIDAS define el servicio de entrega electrónica certificada en su artículo 2 como aquél que permite transmitir datos entre partes terceras por medios electrónicos y aporta pruebas relacionadas con la gestión de los datos transmitidos, incluida la prueba del envío y la recepción de los datos, y que protege los datos transmitidos frente a los riesgos de pérdida, robo, deterioro o alteración no autorizada.

El artículo 43 del Reglamento, por su parte, otorga plenos efectos jurídicos y validez procesal a los datos enviados y recibidos por medio de este servicio, que disfrutarán de la presunción de la integridad de los datos, envío de éstos por el remitente identificado, su recepción por el destinatario y la exactitud de la fecha y hora del envío y recepción (gracias, a su vez, al sellado de tiempo electrónico), considerándosele un servicio cualificado de entrega electrónica certificada si cumple los requisitos establecidos en el artículo 44.

Por su parte, el certificado de autenticación de sitios web se define como una declaración que permite autenticar un sitio web y vincula el sitio web con la persona física o jurídica a quien se ha expedido el mismo. Su regulación es muy breve, fundamentalmente se establece en el artículo 45 del Reglamento que puede considerarse cualificado si ha sido expedido por un prestador cualificado de servicios de confianza y cumple los requisitos establecidos en el Anexo IV del mismo.

Como puede apreciarse, la Administración puede hacer uso de ambos servicios para incrementar las garantías que ofrece en los servicios públicos electrónicos. En el primero, para garantizar la efectiva entrega o notificación (como sucede con el Correo

Electrónico Seguro –Apartado Postal Electrónico- que ofrece gratuitamente a los ciudadanos la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.). Y, en el segundo, para garantizar a los ciudadanos que se encuentran visitando la página web de la Administración y no otra distinta que, ilícitamente, pretende por ejemplo obtener sus datos o credenciales redirigiéndolos a una web falsa (técnica denominada *pharming*). Ello puede incrementar asimismo la seguridad de la sede electrónica de las distintas Administraciones Públicas, conforme exige el artículo 38 de la LRJSP, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre en relación con la página web institucional (lo cual no estaría exento de objeciones al respecto, que excederían no obstante el ámbito del presente trabajo), en aquélla son responsables del contenido publicado<sup>410</sup>, por lo que podrían incurrir en responsabilidad por el mismo, además del hecho consistente en que a través de la misma se producen incluso notificaciones de actos administrativos, lo que denota su importancia y la necesidad de garantizar su integridad.

### **3. La firma electrónica y su incidencia en los documentos y actos administrativos**

Es la LRJSP la que establece los medios de identificación y firma electrónicas a utilizar por las Administraciones Públicas y el personal a su servicio, en función de cada caso concreto. Así, el artículo 40.1 LRJSP dispone que las Administraciones Públicas podrán identificarse mediante sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos establecidos por la legislación de firma electrónica, que incluirán en todo caso el número de identificación fiscal, la denominación correspondiente. En caso de tratarse del sello electrónico de órganos administrativos, el mismo apartado in fine establece que se identificará, así mismo, a la persona titular del mismo.

Por su parte, los artículos 41 y 42 se refieren a la actividad administrativa automatizada, que se tratarán en el Capítulo correspondiente<sup>411</sup>, siendo el artículo 43 el que establece

---

<sup>410</sup> Así lo dispone el artículo 38.2 de la LRJSP, al afirmar que el establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de esta, previsión que no se establece en ningún precepto legal ni reglamentario respecto a las páginas web institucionales de las Administraciones Públicas.

<sup>411</sup> *Vid.* Capítulo VII, apartado 1.7



los sistemas de firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

En este sentido, el artículo 43.1 LRJSP dispone que la actuación por medios electrónicos de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público debe llevarse a cabo utilizando la firma electrónica del titular del órgano o empleado público. Por tanto, cuando uno de los entes citados dicta un acto administrativo en soporte electrónico, ninguna duda cabe de que deberá hacerlo aplicando al mismo la firma electrónica bien del titular del órgano, bien del empleado público correspondiente.

A tal efecto, y en lo relativo al tipo de firma electrónica que debe utilizar, el artículo 43.2 LRJSP establece que será cada Administración Pública la que determine los sistemas de firma electrónica que deba utilizar su personal, los cuales *podrán* identificar<sup>412</sup> de forma conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y a la Administración u órgano en la que presta sus servicios (ente público en cuya estructura interna se encuentra integrado el sujeto) pudiendo, por razones de seguridad pública, referirse únicamente al número de identificación profesional.

A tenor de lo afirmado, puede desde este momento apreciarse que la incorporación en el acto administrativo de la firma electrónica supone dotarlo de validez, por lo que su ausencia, como puede vaticinarse, hace que el mismo incurra en un vicio determinante de invalidez.

En este sentido, si bien el ya citado artículo 3.1 de la LFE define la firma electrónica como el conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante y, en consecuencia, la misma podría equipararse a la firma manuscrita, lo cierto es que en materia de producción de actos administrativos electrónicos en el ámbito de la e-Administración la incorporación de la firma electrónica avanzada a aquéllos supone mayores implicaciones, como se verá en los siguientes apartados.

A mayor abundamiento, el apartado 2 del precepto anteriormente citado precisa que la firma electrónica avanzada permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, garantizando así mismo que está vinculada a aquél de

---

<sup>412</sup> Nótese que el tiempo verbal empleado por el legislador lo establece con carácter potestativo, no preceptivo.

manera única y a los datos a que se refiere, y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

Por su parte, el artículo 43.1 de la LRJSP establece que la actuación de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público por medios electrónicos se realice mediante la firma electrónica del titular del órgano o empleado público, que deberá garantizar la autenticidad e integridad del documento con suficientes garantías, ya que como define la firma electrónica el artículo 3.10 del ReIDAS cualquier firma electrónica sirve para firmar, sin que todas las tipologías existentes estén investidas de las garantías necesarias para su incorporación al acto administrativo.

### 3.1. La omisión de la firma electrónica en el documento o acto administrativo

Siguiendo la exposición de BAUZÁ MARTORELL<sup>413</sup>, a diferencia de las entidades privadas, en las que su identificación en el tráfico jurídico opera a través de la persona jurídica con capacidad para su representación, las entidades públicas actúan por medio de los órganos administrativos en que se estructuran orgánicamente; a su vez, los órganos administrativos se identifican a través de su titular, el cual debe estar debidamente investido lo cual, como en generalizadamente admitido, requiere nombramiento legal, toma de posesión y encontrarse en situación de servicio activo.

En los actos administrativos en soporte papel aparecía la firma manuscrita del sujeto titular del órgano correspondiente que, a su vez, representaba a la Administración Pública a la que se encontraba adscrito. En los dictados en soporte electrónico, la firma electrónica incorporada al documento no tiene como única finalidad identificar al sujeto titular del órgano, sino que además garantiza la autenticidad e integridad de su contenido, en definitiva, su inalterabilidad. De igual forma ocurre con los documentos administrativos generados en soporte papel, en los que la firma identifica a la persona que lo suscribe (por ejemplo, el técnico de la Administración que firma un informe), pero la electrónica añade las notas de autenticidad e integridad al mismo.

---

<sup>413</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J.: "Identificación, autenticación y actuación automatizada de las Administraciones Públicas" en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *"Tratado de procedimiento..., op. cit., pp. 772 y ss.*

Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de noviembre de 1997<sup>414</sup>, ha definido la firma (manuscrita) como:

“...el trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice. Aunque la firma puede quedar reducida, sólo, a la rúbrica o consistir, exclusivamente, incluso, en otro trazado gráfico, o en iniciales, o en grafismos ilegibles, lo que la distingue es su habitualidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo de su autor. Y, en general, su autografía, como vehículo que une a la persona firmante con lo consignado en el documento, debe ser manuscrita o de puño y letra del suscribiente, como muestra de la inmediatez y de la voluntariedad de la acción y del otorgamiento”.

Por su parte, la ausencia de firma manuscrita en los actos administrativos ha sido hasta la fecha tratada por la jurisprudencia como una mera irregularidad no invalidante, incluso en aquellos actos desfavorables para los interesados, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009<sup>415</sup>, con cita de jurisprudencia anterior, con el siguiente tenor literal:

“Cuando esta Sala ha debido afrontar casos de falta de firma en documentos que recogen actos administrativos, ha tendido a adoptar un criterio que, lejos del formalismo, busca la realidad; es decir, el acto administrativo debe tenerse por existente siempre que conste que efectivamente ha sido producido y, por supuesto, que su contenido esté determinado. La falta de firma se considera sólo una irregularidad no invalidante. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de 9 de enero de 1998 (RJ 1998, 559), 26 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 3197), 28 de junio de 2005 (RJ 2005, 5523) y 25 de mayo de 2007”.

Por tanto, puede concluirse que la ausencia de firma manuscrita en el acto administrativo en soporte papel, con carácter general, conlleva una mera irregularidad, no invalidante, de éste.

Sin embargo, en relación con el acto administrativo en soporte electrónico y la incorporación de la firma o sello electrónico al mismo, debe afirmarse que resulta crucial

---

<sup>414</sup> RJ 1997\8251 (Rec. nº 532/1995)

<sup>415</sup> RJ 2009\2320 (Rec. nº 6859/2005)

la identificación del órgano que dicta el acto, con carácter general y especialmente en aquellos actos desfavorables o de gravamen para los interesados, para así poder examinarse por éstos si el mismo ha sido dictado por el órgano competente y, en caso negativo, poder accionar contra el acto a través de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, por lo que la certeza de dicha cuestión incide directamente en las garantías y derechos de los administrados, que en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores incluso implicaría el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de defensa que, a pesar de haberse concebido para el proceso penal, la jurisprudencia ha aplicado al procedimiento administrativo sancionador<sup>416</sup>. Igualmente, en el caso de los documentos administrativos electrónicos, es también relevante la incorporación de firma o sello electrónicos para garantizar la procedencia de estos, así como su integridad y autenticidad.

Como expone ALAMILLO DOMINGO<sup>417</sup>, toda firma o sello electrónicos, independientemente de su tipología, tienen como objetivo atribuir el contenido del documento a la persona que lo autoriza. Por tanto, cualquier firma electrónica, en principio, sería medio de prueba suficiente y, por tanto, potencialmente válida para su incorporación a un documento o acto administrativo. No obstante, como aprecia dicho autor, no todos son idóneos para imputar todos los elementos de producción de un acto a una persona física o jurídica.

Pero no se trata únicamente de su idoneidad, puesto que su procedencia o no en la incorporación al acto administrativo influye directa y decisivamente en la validez del acto administrativo dictado en soporte electrónico.

Para un correcto tratamiento de esta cuestión, debe partirse de la premisa consistente en que, con carácter general, la incorporación a cualquier documento de una firma electrónica supone una garantía de autenticidad, integridad y autoría, siempre y cuando dicha firma reúna determinados requisitos.

La importancia de la integridad del documento es, en este punto, crucial. Debe tenerse en cuenta que el documento en papel es tradicionalmente generado en un soporte que

---

<sup>416</sup> Doctrina contenida ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 junio (RTC 1981\18, Rec. nº 101/1980) y reiterada posteriormente en multitud de sentencias.

<sup>417</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: "Identidad y firma...", *op. cit.*, p. 731

acredita, debido a su propia naturaleza material (física), la integridad del acto, y muestra cierta garantía de inalterabilidad, pues la manipulación del texto deja fácilmente traza o rastro, lo cual explica que la jurisprudencia pueda entender que, en estos supuestos, ante la ausencia de firma manuscrita, el mismo incurra en una mera irregularidad no invalidante, criterio generalizado y de sobra conocido, en la jurisprudencia.

En cambio, en el documento electrónico habría que utilizar algún medio de garantía de la inalterabilidad, pues resulta muy fácilmente manipulable sin dejar rastro. De ahí la importancia que tiene la incorporación al acto o documento de la firma electrónica y la utilidad de la tecnología criptográfica que emplea en su encriptación, ya que gracias a la misma resulta imposible modificar un documento o acto sin dejar trazas de dicha modificación, por lo que la alteración no autorizada sería fácilmente detectable pericialmente. Por tanto, su ausencia deviene más grave que en el caso del soporte papel, produciendo la invalidez del acto, más exactamente su anulabilidad, al tratarse de una infracción del ordenamiento jurídico no prevista entre los supuestos de nulidad radical.

En definitiva, como se ha examinado anteriormente, los servicios que puede reunir una firma electrónica son tres: de autenticación de entidad (identificación del firmante), de autenticación del origen de los datos (autenticidad del documento o acto administrativo electrónico) y la integridad de los datos firmados (contenido del documento o acto administrativo electrónico), a lo cual responden determinados servicios de confianza como puede ser la firma o sello electrónico avanzados, por lo que cabe concluir que, en relación con la incorporación de la firma o sello electrónicos a un acto administrativo, aquélla deberá ser avanzada cuanto menos, para garantizar así el cumplimiento de las exigencias normativas.

Como puede apreciarse, las connotaciones de la incorporación de la firma electrónica avanzada o reconocida al documento o al acto administrativo electrónicos son distintas a las consecuencias de la ausencia de firma manuscrita tradicionalmente incorporada al soporte papel, puesto que, al tratarse de un soporte electrónico, se deberá garantizar no sólo la identificación del firmante como titular o empleado público de la Administración de que se trate, como sucede en el soporte papel, sino además la integridad y su autenticidad.

Por tanto, en el caso de la omisión de firma electrónica en el acto administrativo, ello hace imposible comprobar la identidad del concreto sujeto autor del mismo (y con ello la competencia del órgano al que pertenece y la correcta investidura de su titular), que no haya sido modificado tras su producción y que auténtico, por lo que su ausencia no puede sino conllevar su invalidez.

En relación con el grado de invalidez que merece dicha omisión, al resultar imposible garantizar la autenticidad, integridad y autoría del acto, se da una evidente ausencia de uno de los requisitos formales más relevantes del mismo, por lo que no puede calificarse de mera irregularidad no invalidante.

Por tanto, dado que el acto se encuentra viciado por ausencia de uno de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, como es la firma electrónica, considero que se debe ver correspondida con la nulidad relativa o anulabilidad.

En el caso de los documentos administrativos electrónicos, la ausencia de firma electrónica impide igualmente su perfección, por lo que en este caso el mismo devendría defectuoso y, por ende, ineficaz.

Podría pensarse que, en caso de que un acto administrativo estuviese acompañado de documentos adicionales (como anexos), la firma electrónica aplicada al acto garantizaría la autenticidad e integridad de los documentos. Ello es absolutamente erróneo, toda vez que, en primer lugar, uno de los requisitos de los documentos administrativos electrónicos en general es la necesidad de su individualización (artículo 26.2 LPAC), por lo que la firma electrónica debe ser aplicada de manera individualizada a cada documento por parte de su autor, al igual que el resto de los requisitos documentales, puesto que es la única forma de garantizar su integridad y autenticidad. De tratarse de un acto administrativo al que su autor acompaña documentos adicionales, podría en algún caso, de formar parte inseparable del mismo y, por ende, ser firmado electrónicamente como un solo fichero; pero, lo más adecuado en estos supuestos, sería individualizar cada documento (también el acto administrativo) e incorporarlos todos al expediente administrativo electrónico separadamente, conservando además así todos ellos sus propiedades de forma independiente de modo que, además de mantener cada uno de ellos su validez o perfección sin influencia de los eventuales vicios que puedan afectar al resto, se respeta la posibilidad de que un mismo documento forme parte de

varios expedientes administrativos, posibilidad que, de ser un solo fichero, estaría vedada.

### 3.2. Incidencia en documentos y actos de la validez de la firma o sello electrónicos que los mismos incorporen, dependiente, a su vez, de la validez del certificado

La incorporación de la firma o sello electrónicos al acto administrativo supone la creación de un documento perfecto o un acto válido siempre y cuando se cumplan todos los requisitos jurídicos exigidos (tanto los clásicos conocidos para el acto administrativo, tales como ser dictado por el órgano competente o su motivación, como los novedosamente incorporados para todos los documentos administrativos en el artículo 26.2 LPAC), entre los cuales destacan algunos de carácter más técnico, sobre todo en relación con la incorporación del certificado de firma o sello electrónicos al documento electrónico.

En este aspecto debe ponerse de manifiesto la existencia de una verdadera cadena de sujetos intervinientes de los cuales puede depender la validez del acto, por cuanto de los mismos depende la validez del certificado de firma que se incorpora finalmente al mismo.

Si bien la Administración es la única responsable de asegurarse de la correcta elección de un sistema de firma electrónica seguro y confiable, así como los funcionarios públicos, quienes tienen la obligación, o cuanto menos la carga, de no utilizar el certificado una vez se ha extinguido, tal y como afirma MARTÍNEZ NADAL<sup>418</sup> en relación con los titulares de certificados electrónicos en general, en dicha cadena se encuentran en todo caso los prestadores de servicios de confianza<sup>419</sup>, sujetos clave en el sistema de firma electrónica que, eventualmente, podrían originar problemas de validez en los actos administrativos.

---

<sup>418</sup> MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comentarios a la Ley 59/2003, de Firma Electrónica*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 2ª ed., 2009, p. 203

<sup>419</sup> Piénsese que la propia Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT) es un prestador de servicios de confianza que genera, entre otros, certificados y sellos electrónicos para las Administraciones Públicas y sus órganos dependientes que así lo soliciten, incluyendo el sello electrónico de tiempo, al tener la consideración de TSA o Autoridad de Sellado de Tiempo, como ya se apuntó anteriormente.

Los servicios de confianza son servicios de carácter electrónico, prestados a cambio de una remuneración por los diversos agentes (prestadores), consistentes en la creación, verificación y validación de, fundamentalmente, certificados de firma electrónica, de sello electrónico o sellos de tiempo electrónicos, entre otros, así como la conservación de las firmas, sellos o certificados electrónicos asociados a los anteriores servicios<sup>420</sup>.

Pues bien, en este apartado lo que se examina no es, como en el anterior, la ausencia de firma electrónica en un acto administrativo, sino el supuesto de que un acto administrativo se encuentre convenientemente firmado electrónicamente pero por motivos relacionados con el prestador de servicios de confianza del que depende dicha firma exista la imposibilidad de comprobar el estado de validez del certificado y, por ende, las consecuencias que, en el plano de la validez del acto o de la perfección del documento, dicha situación pueda conllevar para el acto o documento administrativo afectado, respectivamente.

El estado de validez del certificado que incorpora el documento firmado electrónicamente debe ser verificable en todo momento mediante el acceso a las bases de datos de los prestadores de servicios de confianza, de forma que se pueda tener la certeza de que la firma electrónica incorporada al acto administrativo se encontraba vigente en el momento de su firma.

Las formas usuales de comprobación son a través de los *Certificate Revocation Lists* o CRLs, así como del *Online Certificate Status Protocol* u OCSP, cada uno de los cuales tiene un tiempo de refresco determinado en el cual van actualizando el estado de los certificados electrónicos para su consulta por parte de terceros.

En caso de imposibilidad de comprobación la principal consecuencia es, evidentemente, que la validez del certificado no es verificable, por lo que la situación en que se encuentra el acto podría equipararse a la ausencia misma de firma electrónica y, por tanto, el acto sería anulable o el documento defectuoso.

En caso de tratarse de una imposibilidad temporal de comprobación, por ejemplo por una caída puntual del servidor del prestador de servicios de confianza, podría calificarse como una mera irregularidad no invalidante mientras subsista la precitada imposibilidad, toda vez que el acto cumple todos los requisitos, si bien no pueden

---

<sup>420</sup> El artículo 2.16) del Reglamento (UE) 910/2014 también incorpora en la definición de “servicio de confianza” la creación, verificación y validación de certificados para la autenticación de sitios web.



verificarse en un momento temporal determinado, pero se tiene relativa certeza de que una vez restituidos los servidores (lo cual, además de lo poco probable de suceder, si así fuese suele solucionarse en algunas horas o como máximo unos días) se podrá efectuar la comprobación.

Por el contrario, debería considerarse como un vicio de anulabilidad (defecto en el caso de los documentos), como ya se ha adelantado, en caso de que dicha imposibilidad persista indefinidamente, por cuanto faltaría uno de los requisitos formales que acreditan el órgano del cual proviene el acto y, por ende, no sería comprobable la competencia del mismo, entre otros extremos no menos importantes como la integridad y autenticidad, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades de todo orden en que pudiese incurrir el prestador de servicios de confianza que, obligado al mantenimiento de las bases de datos correspondientes a través de las cuales poder comprobar el estado de validez de los certificados, incumpliese su obligación.

En similares términos, *mutatis mutandis*, debe entenderse todo lo expuesto en relación con el sello electrónico, cuyo funcionamiento interno es idéntico al de la firma electrónica (aunque con las especialidades propias del ente u órgano al que representa), si bien en este caso debe apuntarse la concurrencia de una doble tipología: el sello de Administración Pública y el sello de órgano administrativo, que se utiliza en función del concreto documento o acto de que se trate, que en unas ocasiones requerirá el sello electrónico del ente de Derecho Público de que se trate, y en otras requerirá el sello electrónico del órgano administrativo (integrante del ente de Derecho Público anteriormente referido) concreto que dicte el acto o genere el documento.

Por su parte, para VALERO TORRIJOS<sup>421</sup>, el uso de certificados revocados por parte de las autoridades administrativas no sería un supuesto de anulabilidad, pues entiende que el hecho de que el certificado ya no estuviera vigente no impide la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo en que consiste el acto administrativo reúna los requisitos generales exigibles sino que, simplemente, afecta a las condiciones de comprobación de la presunción legal de la autoría del documento, por lo que la imposibilidad de comprobarlo no afectaría en sí misma a la validez sino, más bien, a su eficacia.

---

<sup>421</sup> VALERO TORRIJOS, J.: *Derecho, innovación y...*, op. cit., pp. 174 y ss.

Debe tenerse en cuenta que, para garantizar la fiabilidad temporal de la firma electrónica, fundamental para evitar que actos o documentos administrativos electrónicos pierdan su validez o perfección por meros motivos técnicos, deben emplearse sistemas de archivo y custodia adecuados que deberán estar recogidos en la política de firma y sello electrónicos y certificados de la Administración que ésta haya aprobado y, a tal efecto, se pueden prever, de conformidad con el apartado II.7.2 de la NTIPFSECA, el empleo de firmas longevas, mediante las que se añade información del estado del certificado e incorporando un sello de tiempo electrónico y los certificados de la cadena de confianza u otros métodos técnicos que impidan la modificación de la firma validada, almacenándose en un sistema seguro auditable para asegurar su inalterabilidad a lo largo del tiempo, debiendo mantenerse las evidencias correspondientes.

El almacenamiento o custodia de los certificados e informaciones de estado, por su parte, pueden almacenarse dentro de la propia firma, sellándose la misma conforme con los sistemas de firma admitidos por el ReIDAS y la normativa europea que lo desarrolla, o bien en un depósito específico, caso en que deberán sellarse ambos contenidos independientemente.

Así mismo, deben establecerse sistemas de protección contra la obsolescencia de los algoritmos para asegurar el mantenimiento de las características durante su validez, a cuyo efecto la NTIPFSECA establece en su apartado II.7.5 que podrá llevarse a cabo mediante mecanismos de resellado de tiempo, mecanismos de resellado o refirma, almacenamiento de la firma electrónica en un depósito seguro u otros sistemas, que se examinarán en un apartado posterior del presente Capítulo<sup>422</sup>.

La vulneración o inapropiada utilización de estos mecanismos o sistemas podría imposibilitar la comprobación del estado de validez de un certificado (firma o sello) electrónico incorporado en un acto o documento administrativo electrónicos, por lo que originaría su invalidez sobrevenida (anulabilidad) o su carácter defectuoso (también de forma sobrevenida), con la consiguiente pérdida de eficacia en ambos casos, doctrina a la que ya se ha aludido anteriormente y auspiciada en nuestra doctrina por CANO

---

<sup>422</sup> Vid. apartado 3.6

CAMPOS<sup>423</sup>, para quien la invalidez sobrevenida no sólo proporciona respuestas a fenómenos jurídicos que no encuentran una solución completa o satisfactoria del ordenamiento jurídico, sino que revela la dimensión dinámica del principio de legalidad, dada su vocación de ayudar a resolver una realidad social dinámica y cambiante, acercando la institución de la invalidez a sus orígenes en el Derecho Romano en el que, conforme fue tratado con anterioridad<sup>424</sup>, pretendía dar respuesta a situaciones eminentemente prácticas, no elaborar una dogmática de categorías jurídicas.

En este sentido, lo que se da en la práctica es que el acto originalmente es válido, pero circunstancias sobrevenidas le hacen incurrir en algún motivo de invalidez. No sólo la institución de la invalidez sobrevenida puede dar respuesta a un sinfín de supuestos que una regulación técnica, tan cambiante, agradecerá, sino que, concretamente, podrán incrementarse los supuestos de aplicación en un futuro, pues es posible que alguna empresa prestadora de servicios de confianza sufra algún tipo de incidencia que ocasionen que determinados certificados electrónicos pierdan su vigencia o resulte imposible su comprobación, caso en el que los actos y documentos que los hayan incorporado podrían devenir inválidos de forma sobrevenida, lo cual únicamente sería evitable mediante la creación regular de una copia de seguridad de los certificados de todos los prestadores de servicios de confianza nacionales por parte de la Administración General del Estado, algo que podría resultar inviable en la práctica.

Otra situación en que puede encontrarse el acto administrativo es que contenga una firma electrónica corrupta por haber sido víctima de un ataque por virus o código malicioso que impide un efectivo o fiable control de la validez de dicha firma o de su contenido. Si bien podría pensarse en un primer momento que el supuesto sería similar o subsumible en el caso de la ausencia de firma electrónica, lo cierto es que debe tratarse como un supuesto distinto, ya que no se trata de que no exista firma, sino que existe, pero la misma está corrompida o ha sido alterada.

La regulación normativa actual de este supuesto se encuentra prevista únicamente para el caso de que sea el ciudadano el que envíe archivos corruptos o con código malicioso a la Administración. Así, el artículo 29.1.b) del RLAE (contenido de forma idéntica en el

---

<sup>423</sup> CANO CAMPOS, T.: *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 144 y ss.

<sup>424</sup> *Vid.* Capítulo I, apartado 2

artículo 29 del PRDLPA-RJSP, al regular la “Calidad de los documentos electrónicos” a efectos de su presentación en el registro electrónico) establece la posibilidad de que los registros electrónicos rechacen aquellos documentos electrónicos -solicitudes, escritos o comunicaciones- que se presenten “que contengan código malicioso o dispositivo susceptible de afectar a la integridad o seguridad del sistema”, pudiendo tratarse por tanto de cualquier amenaza como virus, troyanos, gusanos, *keyloggers*, *exploits*, *rootkits* o cualquiera de sus variantes, pero no si es ésta la que, por haber visto vulnerada su seguridad en algún momento determinado, notifique al ciudadano un acto administrativo que incorpore una firma electrónica corrupta por virus o código malicioso.

En estos casos, el acto administrativo se encontraría viciado por contener una firma electrónica corrupta tras haber sido víctima de un ataque por virus o código malicioso, pudiendo tratarse de un supuesto de invalidez originaria si el ataque se hubiese producido en el equipo del autor del mismo, o bien un supuesto de invalidez sobrevenida si el ataque fue posterior, caso en que el acto fue generado correctamente pero posteriormente devino inválido tras el ataque.

Concretamente, el acto debe reputarse anulable ya que, a pesar de que la nulidad absoluta, predicable de los actos más gravemente viciados, podría responder a la gravedad del vicio consistente en la ausencia de firma electrónica, no pueden obviarse las extremas consecuencias prácticas que conlleva la declaración de nulidad absoluta de un acto, las cuales podrían llegar a ser innecesarias e incluso contrarias al interés público cuya salvaguarda se debe garantizar, sin perjuicio de que, además, sería necesario su reconocimiento expreso en el artículo 47 LPAC. En caso de tratarse de cualquier otro documento administrativo electrónico, el mismo sería defectuoso y, por ende, no desplegaría efectos hasta su subsanación.

Por último, no debe obviarse que los documentos y actos administrativos originan la legítima confianza en el administrado de que los mismos son válidos y eficaces además de haber sido producidos por la Administración autora, aún en caso de haber sido modificados o incluso creados por virus o código malicioso por haber logrado superar las barreras, tanto físicas como lógicas, de protección.

Así, la anulación o no del acto en estos casos, como se hará referencia posteriormente al tratar el principio de confianza legítima<sup>425</sup>, dependerá del contenido del documento o acto y del cumplimiento de los requisitos de legalidad y su ponderación con el de seguridad jurídica, pudiendo ser la casuística al respecto muy variada, pero pudiendo darse supuestos en los que el administrado que confió legítimamente en una actividad administrativa (objeto de ataque por virus o código malicioso) merezca protección.

### 3.3. La utilización por la Administración de un sistema de firma o sello electrónicos *contra legem*, salvo en las relaciones internas o domésticas

Los artículos 38 y ss. LRJSP regulan el funcionamiento electrónico del sector público, previendo a tal efecto la utilización de certificados de sede electrónica -artículo 38.6-, el sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado de identificación de Administración Pública -artículo 40.1-, el sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado para la actividad administrativa automatizada -artículo 42.a)-, y la firma electrónica del titular del órgano o empleado público -artículo 43.1-.

En relación con el certificado de sede electrónica, debe en primer lugar matizarse que, para autores como VALERO TORRIJOS<sup>426</sup>, las sedes son verdaderas oficinas de las Administraciones Públicas en internet, por lo que es preciso que incorporen un certificado que garantice la integridad y autenticidad de dicho espacio virtual, concretamente a efectos de identificar convenientemente al órgano titular de la misma (artículo 38.3 LRJSP) y de permitir comunicaciones electrónicas seguras (artículo 38.4 LRJSP), no obstante lo cual no parece *a priori* que este certificado tenga virtualidad suficiente como para incidir directamente en la validez de los actos y documentos generados en soporte electrónico pues, de ser inseguro el canal de comunicación, a lo

---

<sup>425</sup> Vid. Capítulo VIII, apartado 1.3

<sup>426</sup> VALERO TORRIJOS, J.: “El alcance de la protección constitucional del ciudadano frente al uso de medios electrónicos por las Administraciones Públicas”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 148

sumo nos encontraremos ante un supuesto que afectaría a la eficacia del acto, no a su validez.

Cuestión distinta sucede con las eventuales incidencias relacionadas con el sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado de identificación de Administración Pública del artículo 40.1 LRJSP, así como con el sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado también en certificado electrónico reconocido o cualificado para la actividad administrativa automatizada del artículo 42.a) LRJSP, toda vez que, en estos casos, sí se está incorporando dicho certificado en el acto o documento administrativo generados en soporte electrónico y, por ende, podrían afectar a su validez o perfección, respectivamente.

Para este tipo de certificados, de acuerdo con lo expuesto por ALAMILLO DOMINGO<sup>427</sup>, ha sido previsto en la Política de Firma Electrónica y Certificados de la Administración General del Estado la inclusión en los mismos de la “identidad administrativa”, una serie de atributos adicionales a los previstos en el ReIDAS que incorporan a los mismos una seña de identidad distintiva correspondiente a la Administración, especificando así su especial naturaleza.

Al referirse la LRJSP en ambos casos al sello electrónico cualificado, resultan de aplicación directa las previsiones para este tipo de certificado electrónico establecidas en el ReIDAS, resultando imprescindible tanto en supuestos para los que se requiere la identificación de la Administración (por ejemplo, ante otro ente público al que un sistema automático le solicita un documento o dato determinados), como para hacer constar el origen, integridad y autenticidad del documento sellado, con identificación del órgano o persona titular, dado que, siguiendo a ALAMILLO DOMINGO<sup>428</sup>, serían atributos adicionales de preceptiva inclusión, si bien el autor critica esta decisión de hacer constar a la persona concreta, por cuanto el certificado se expide realmente al órgano y no a su titular, quien no interviene directamente y, en caso de cese o vacante, el certificado deberá ser revocado, con los perjuicios que ello podría conllevar para la actividad administrativa automatizada hasta que el nuevo titular obtenga un nuevo sello electrónico y se implemente en los sistemas automáticos, lapso de tiempo en el que

---

<sup>427</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., p. 118

<sup>428</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., p. 128

tendría, teóricamente, que paralizarse dicha actividad; no obstante, como se apuntó anteriormente, el sello, al ser realmente expedido al órgano, de sellarse electrónicamente un documento o acto en estas circunstancias sobrevenidas se estaría ante una mera irregularidad no invalidante, al tratarse únicamente de un error en el atributo relativo al titular del órgano el que estaría viciado, continuando vigente plenamente la validez del certificado del órgano.

Por su parte, el certificado de empleado público es realmente un certificado de persona física al que se le añade, como indica ALAMILLO DOMINGO<sup>429</sup>, el atributo de empleado público. Por tanto, su ausencia no comportará un vicio de relevancia, sino una mera irregularidad no invalidante, ya que sin dicho atributo seguiría siendo un certificado válido de persona física, aunque el efecto negativo que podría producir sería, como apunta el citado autor, impedir la circulación de documentos públicos administrativos en territorio nacional, ya que los sistemas informáticos de las Administraciones Públicas podrían no aceptarlo por no constar su condición de empleado público afectando, en definitiva, a la interoperabilidad.

Pues bien, en cualquiera de estos supuestos, la utilización un certificado electrónico distinto al legalmente previsto, daría lugar a la anulabilidad del acto o documento, por infracción del ordenamiento jurídico ex artículo 48.1 LPAC, si bien aquellos supuestos en que únicamente no existan o sean erróneos los atributos, constituirían meras irregularidades no invalidantes sin mayor efecto que la necesidad de ser corregidas a través de la aplicación del sello o firma electrónica procedentes, esto es, incluyendo el atributo correspondiente.

De igual forma, dado que el ReIDAS ha establecido previsiones en materia de firma electrónica, como se tuvo ocasión de examinar *ab initio*, su inobservancia podría dar lugar a que la Administración dicte actos que adolezcan de anulabilidad en caso de incorporar una firma electrónica no válida por no reunir los requisitos y condicionamientos mínimos de seguridad establecidos por la normativa comunitaria o nacional, como podría suceder en caso de incorporar una firma electrónica simple a un documento o acto administrativo, cuyas garantías serían insuficientes, pues se exige que sea cualificada.

---

<sup>429</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., p. 120

Distinto sería que, dada la libertad de cada Administración Pública de establecer el sistema de firma electrónica que estime conveniente en cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, el certificado electrónico empleado fuese distinto al impuesto por la correspondiente norma pero, no obstante, reúna las mismas garantías y nivel de seguridad, supuesto en el que el acto adolecería de una mera irregularidad no invalidante, por lo que no estaría permitido, por ejemplo, la utilización de sistemas de firma digitalizada o escaneada, ya que la misma no estaría comprendida entre las admitidas, al no emplearse en el proceso de firma el preceptivo certificado electrónico de clave pública exigido por el ReIDAS para entender que la firma electrónica es reconocida<sup>430</sup>. Lo que debe evitarse en estos casos es la formación de soluciones aisladas (*Insellösungen*) contrarias a la interoperabilidad, lo cual ha sido puesto de manifiesto también por la doctrina alemana (HECKMANN, ALBRECHT<sup>431</sup>) a raíz de la modificación normativa operada en 2012 para fomentar el uso de las nuevas tecnologías en las Administraciones Públicas.

#### 3.4. La problemática derivada de la suplantación de la firma electrónica y su relación con la cesión ilegítima de la firma electrónica por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas: una necesaria regulación *ad hoc*

La inclusión de un certificado de firma electrónica en un documento o acto administrativos, como se ha tenido ocasión de exponer, tiene diferencias sustanciales con la tradicional firma manuscrita en el hasta ahora predominante soporte papel, fundamentalmente porque aquél aporta garantías de integridad, autenticidad y autoría al soporte al que se incorpora.

Es por ello que se debe tener especial precaución con su uso, el cual debe ser siempre responsable, ya que en el mismo radica la seguridad y veracidad que la tecnología, capaz de proporcionarlas de forma indubitada, pueda efectivamente aportarlas en la práctica.

---

<sup>430</sup> En este sentido, podría preverse que la firma escaneada incluyese otros atributos que permitiesen considerarla reconocida, como datos biométricos o similares, pero lo cierto es que en la actualidad no se encuentra previsto y, por ende, no sería lícito su empleo en este ámbito.

<sup>431</sup> HECKMANN, D. y ALBRECHT, F.: “Das Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung. Anmerkungen zu E-Government und Technikneutralität”, *ZRP*, 2013, 42



Dada la relevancia de la cuestión, se expondrán a continuación los distintos supuestos que se pueden presentar y una propuesta de calificación jurídica de los actos y documentos afectados, en cada caso.

*3.4.1. Del necesario uso exclusivo personal e intransferible del certificado electrónico por parte de su titular: la cesión voluntaria de la firma electrónica*

Debe partirse de que el certificado electrónico es absolutamente personal e intransferible, y en el cual, como ha tenido ocasión de afirmar MARTÍNEZ NADAL<sup>432</sup>, el titular del certificado asume un deber de retener el control de su clave privada y tomar precauciones razonables para prevenir la pérdida, revelación, modificación o uso no autorizado de la misma.

Por tanto, la custodia y no cesión constituye una obligación fundamental por parte de su titular, y cualquier vulneración voluntaria de esta premisa en la práctica podría considerarse, en realidad, como una suplantación consentida de la firma electrónica que, en mi opinión, no debería darse en ningún caso, salvo algún supuesto extraordinario de fuerza mayor debidamente justificada, para el que además existirían otras vías más adecuadas, como la firma por orden, como se verá en el siguiente apartado.

Esta eventual cesión, en primer lugar, vulneraría directamente la esencia misma de la firma o certificado electrónico, que se concreta en su uso personal e intransferible, por representar la voluntad del firmante, como ha tenido ocasión de afirmar MERCHÁN MURILLO<sup>433</sup>, además de vulnerar directamente el contrato de prestación de servicios de confianza, que con carácter general establece la obligación de custodia por parte de su titular.

Por ejemplo, en las *“Políticas y prácticas de certificación particulares en el ámbito de las administraciones públicas, organismos y entidades de derecho público”* aprobadas por

---

<sup>432</sup> MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comentarios a la...*, op. cit., pp. 408 y ss.

<sup>433</sup> MERCHÁN MURILLO, A.: *Evolución actual de la normativa sobre firma electrónica*, Ed. Hispalex, Sevilla, 2017, pp. 20-21

la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda<sup>434</sup>, se establece la obligación y responsabilidad del empleado público de custodiar las claves privadas de su certificado (Epígrafe 14.2.2.2, apartado 235) desde el momento de solicitar el certificado:

“La FNMT-RCM, tras comprobar que el Solicitante ha sido habilitado por el representante del Suscriptor para llevar a cabo dicha solicitud, le muestra un formulario en el que deberá introducir los datos del órgano Suscriptor para el cual se emitirá el Certificado y del que depende la unidad organizativa, así como los datos de la persona física en su condición de responsable de la custodia diligente de la Clave privada asociada al Certificado y la solicitud electrónica generada anteriormente. Toda esta información es firmada por el Solicitante con los Datos de creación de firma asociados a su Certificado de firma electrónica y remitida a la FNMT-RCM”.

Por tanto, ninguna duda cabe de que el empleo del certificado electrónico debe llevarse a cabo única y exclusivamente por su titular pues, además, el empleo del mismo por parte de tercero no sería fácilmente demostrable, en tanto en cuanto es prácticamente imposible técnicamente demostrar que no ha sido utilizado por el titular, al que se presume único poseedor del mismo, pudiendo dar lugar a situaciones nada deseables en la práctica al imputársele una actuación determinada que, realmente, ha sido llevada a cabo por tercero y sin posibilidad de probarlo.

Debe tenerse en cuenta que la misma situación se da en la práctica también en el ámbito privado, esto es, multitud de ciudadanos que facilitan su propia firma electrónica a otros para el despacho de los asuntos de gestión que aquéllos les encomiendan, como es el caso de la presentación telemática de declaraciones de impuestos o similares.

La problemática está presente igualmente en este caso, ya que supone una cesión de la firma electrónica por parte del titular del certificado electrónico y una suplantación consentida por parte del tercero que hace uso de la firma electrónica, si bien ello queda en el ámbito propio del Derecho Privado, no siendo objeto del presente trabajo su

---

<sup>434</sup> Versión 2.5 aprobada el 3 de enero de 2017, accesible a través de la Sede Electrónica de la FNMT-RCM en la dirección web: <https://www.sede.fnmt.gob.es/documents/10445900/10536344/dpc.pdf> (última consulta efectuada el 12/10/2018)

examen, mencionando únicamente que algún autor como MERCHÁN MURILLO<sup>435</sup> admite la cesión voluntaria en el ámbito privado como forma de representación indirecta, lo cual no puede admitirse en el ámbito jurídico-público por los motivos anteriormente expuestos, más aun teniendo en cuenta que en Derecho Administrativo existen técnicas específicas para tales fines, como se verá posteriormente<sup>436</sup>, a pesar de que, como acertadamente apunta ALAMILLO DOMINGO<sup>437</sup>, el ReIDAS tampoco lo prohíba expresamente, ubicando la cuestión según el autor en el ámbito del riesgo del firmante o creador de sello, salvo en el caso de la firma o sello electrónico cualificado, puesto que en este caso el autor<sup>438</sup> lo considera ilegal por contravenir directamente los requisitos del servicio establecidos por el ReIDAS. Siendo este tipo de certificados los más extendidos en el ámbito de la actividad administrativa y, por ende, en la generación de documentos y actos administrativos en soporte electrónico, no resulta en ningún caso aconsejable ni procedente esta cesión voluntaria de los instrumentos electrónicos de confianza en el ámbito de la Administración.

#### *3.4.2. Exceso en el uso de la firma electrónica*

A diferencia de la firma en soporte papel, en el que el autor rubrica o no un documento o acto manualmente, en el caso de la firma electrónica podría darse el supuesto de un exceso en la utilización de la firma por parte de un tercero autorizado por su titular, como sucede en la práctica en muchas Administraciones Públicas, lo cual supone ya una previa e ilegítima cesión del uso de la firma electrónica que, como ha sido apuntado anteriormente, se caracteriza por ser personal e intransferible y sobre su titular pesa la esencial obligación de conservarla y dotarla de los medios indispensables para evitar su utilización, fraudulenta o no, por parte de terceros.

En este sentido, es bien conocida y extendida en todo tipo de entes públicos la práctica consistente en ceder el certificado de firma electrónica a otros para que, ante la excesiva

---

<sup>435</sup> MERCHÁN MURILLO, A.: *Firma electrónica: funciones...*, op. cit., pp. 182-191

<sup>436</sup> Vid. apartado 3.4.4 del presente Capítulo

<sup>437</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., p. 257

<sup>438</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y...*, op. cit., p. 259

carga de trabajo en determinadas ocasiones o la ausencia del titular del certificado, realicen alguna actuación en su nombre.

En la práctica, determinados sujetos tienen almacenada la firma electrónica de otros en sus propios equipos informáticos o medios de almacenamiento masivo (discos duros, *pendrives* o similares) para un ágil despacho de los asuntos y así, por ejemplo, algunos Secretarios de la Administración Local tienen en su dispositivo almacenada – normalmente en el almacén de certificados del ordenador- la firma electrónica del Alcalde para agilizar determinados trámites.

Resulta patente la ausencia de una regulación respecto a esta cesión de certificados electrónicos de confianza, por parte de los titulares, a otras personas para realizar determinados trámites ante las Administraciones Públicas o en el seno de éstas por parte de su personal.

No obstante, podría suceder que se diera un exceso en el uso de la firma electrónica, por ejemplo, utilizándola para firmar una licencia de apertura cuando realmente se autorizó únicamente la firma de un acta concreta. Se daría en este caso una situación en la que operaría la presunción de validez del acto así dictado, con las complicaciones que de ello derivan. Sin perjuicio de la dificultad probatoria apuntada anteriormente, realmente el acto ha sido dictado mediando usurpación de la firma electrónica de su titular por exceso del uso autorizado, por lo que la solución en tal caso deberá seguir las reglas generales que se examinan en el apartado siguiente.

#### *3.4.3. Suplantación y usurpación de la firma (identidad) electrónica*

En este apartado se examinará el supuesto en que la firma electrónica ha sido sustraída por un tercero en el ámbito de la propia Administración para dictar el acto o documento administrativo electrónico, caso en el que habrán de exigirse las responsabilidades penales que procedan y, en su caso, podría examinarse la posibilidad de que el acto incurra en el motivo de nulidad del artículo 47.1.d) LPAC, en caso de ser constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta.

Se trata, en definitiva, de un caso de sustracción ilegítima del certificado electrónico a su titular, produciéndose una suplantación de identidad lo cual, una vez comienzan a utilizarse tales datos del suplantado, pasa a ser una usurpación de identidad. Realmente,

la firma electrónica ha sido sustraída por un tercero en el ámbito de la propia Administración con el fin de dictar un acto o documento administrativo electrónico determinado o una pluralidad de ellos, como si del sujeto firmante se tratase.

En estrecha relación con el motivo de nulidad de pleno Derecho actualmente vigente contemplado en el apartado d) del artículo 47.1 LPAC anteriormente examinado, esta posibilidad supone la aplicación de una firma electrónica válida al acto administrativo, pero por persona distinta a la firmante, de forma que se produce por la Administración un acto administrativo aparentemente válido, pero en cuya producción se ha suplantado la identidad de aquél que en realidad debió aplicar la firma.

En este punto debe tenerse en cuenta que la solución no difiere en exceso de lo que sucedería en el caso de encontrarse el acto en soporte papel, salvo en lo relativo al plano probatorio, que se complica, debiendo por tanto distinguirse dos situaciones distintas en que puede llevarse a cabo la suplantación.

En primer lugar, puede que el acto administrativo que incorpora una firma electrónica aplicada por un tercero ajeno a su titular suplantando su identidad reúna todos los requisitos legalmente establecidos como condición de validez, y además pertenezca al sujeto competente para dictar el acto, caso en el que deberá el autor de la suplantación responder ante la jurisdicción penal (*ex* artículos 401 y 402 del CP, cuyo examen no corresponde efectuar por no ser materia propia del presente trabajo, debiendo reservarse la calificación de los hechos en cada caso a la jurisdicción penal) por tal actuación, pero sin que dicho acto incurra en invalidez únicamente por tal motivo. Lo mismo ocurriría, a juicio de VALERO TORRIJOS<sup>439</sup>, en caso de que el titular del certificado comunique al prestador de servicios de confianza alguna circunstancia que implique la revocación del mismo y fuese utilizado por persona distinta de aquél.

La necesidad de mantener este acto, válido y eficaz, desplegando sus efectos, podría ser también exigencia propia de los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, por cuanto el destinatario del acto no debe verse perjudicado por una actuación ilícita de un tercero si el acto que se le ha notificado reúne todos los requisitos necesarios para su validez.

---

<sup>439</sup> VALERO TORRIJOS, J.: *Derecho, innovación y...*, *op. cit.*, p. 176

En segundo lugar, si el delito, por el contrario, lo constituye el contenido en sí del acto administrativo electrónico dictado, esto es, la suplantación se lleva a cabo, precisamente, para dotar de un concreto contenido al acto, éste estaría viciado indiscutiblemente de nulidad de pleno Derecho. De tratarse de un documento administrativo electrónico que incurre en este vicio, el mismo deberá considerarse defectuoso y, como consecuencia directa, el mismo resultaría ineficaz y no podría surtir los efectos que le son inherentes en circunstancias normales, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pueda incurrir el autor de la suplantación de firma.

#### 3.4.4. *La firma electrónica por orden y la delegación de firma*

Como ha tenido ocasión de afirmarse anteriormente, la firma electrónica es un elemento necesario del documento o acto administrativo dictados en soporte electrónico, incluido entre los requisitos del artículo 26.2 LPAC, cuyo certificado debe ser incorporado por el empleado público o titular del órgano competente para ello, en función del acto administrativo de que se trate, e incluso por sistemas automáticos en supuestos de utilización de la actividad administrativa automatizada.

Como se ha apuntado anteriormente, la cesión a tercero de la firma o certificado electrónico personal no es procedente y es una práctica que debe descartarse. En su lugar, existen técnicas de delegación tradicionales que pueden ser una alternativa más segura: la firma por orden y la delegación de firma.

Así, podría pensarse que la técnica de delegación de firma podría ser una solución adecuada, la cual se regula en los artículos 36.2 LPAC y 12 LRJSP. La delegación de firma es definida por IZQUIERDO CARRASCO<sup>440</sup> como la atribución a un órgano o unidad administrativa jerárquicamente dependiente del delegante la facultad de firmar las resoluciones y actos administrativos previamente adoptados por el delegante; en el ordenamiento jurídico francés, por ejemplo, se distingue entre *délégations de signature* y *délégations de pouvoir*<sup>441</sup>.

---

<sup>440</sup> IZQUIERDO CARRASCO, M.: “Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., pp. 2817 y ss.

<sup>441</sup> CHRÉTIEN, P., CHIFFLOT, N. Y TOURBE, M.: *Droit administratif*, Ed. Sirey, 15ª ed., 2016, p. 547

Ahora bien, los presupuestos de hecho de los que parten ambas regulaciones contenidas en los citados preceptos son bien distintas. En primer lugar, el artículo 36.2 LPAC hace referencia al supuesto en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal. Dado que el apartado 1 del artículo 36 LPAC exige la forma escrita (también electrónica) para dictar los actos administrativos, se prevé que en caso de ser necesario plasmar esa voluntad oral a la forma escrita, pueda ser realizado por el órgano inferior o funcionario receptor de la orden, de forma que conste la autoridad de la que emana dicha orden; además, en caso de tratarse de resoluciones, se obliga al titular de la competencia a autorizar una relación de las dictadas verbalmente y su contenido, para así incrementar la seguridad jurídica.

En segundo lugar, la delegación de firma del artículo 12 LRJSP habilita a que el titular del órgano administrativo de que se trate delegue la firma de resoluciones y actos administrativos en los titulares de los órganos o unidades administrativas que dependan de ellos, siempre y cuando se trate de materias de su competencia (por atribución o por delegación), sin vulnerar los límites del artículo 9 LRJSP<sup>442</sup>. Así mismo, en caso de delegación se establece la necesidad de hacer constar esta circunstancia y la autoridad de procedencia (apartado 3), sin que se alteren las competencias del órgano delegante y sin que, por tanto, sea necesaria la publicación (apartado 2).

Como distingue el precitado autor, en el primer caso no hay facultad de firmar que se delega por un órgano en otro, sino un ejercicio verbal de la competencia que implica la delegación de firma en favor del órgano que la recibe y que debe posteriormente constar por escrito, por lo que, como indica el autor resumidamente, se trata de que el ejercicio verbal de una competencia conlleva, implícita e imperativamente por mor del artículo 36.2 LPAC, la delegación de firma en el órgano que la recibe. En el segundo caso, la delegación de firma contenida en el artículo 12 LRJSP es una nueva figura introducida

---

<sup>442</sup> Nótese que el artículo 9.2 LRJSP dispone que: “en ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a: a) Los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, la Presidencia del Gobierno de la Nación, las Cortes Generales, las Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; b) la adopción de disposiciones de carácter general; c) la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso; d) las materias en que así se determine por norma con rango de Ley”, y habrían de añadirse las previstas en el apartado 5 *ab initio*: “salvo autorización expresa de una Ley, no podrán delegarse las competencias que se ejerzan por delegación” e *in fine*: “no podrá delegarse la competencia para resolver un procedimiento una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo”.

en la nueva normativa jurídico-administrativa que constituye realmente una facultad del órgano superior de la que puede hacer uso o no.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, para evitar los supuestos de cesión ilegítima de firma electrónica, podría hacerse uso de la firma electrónica por delegación pues, a pesar de ser un aspecto meridianamente criticable que no se haya regulado específicamente en soporte electrónico cuando la actividad administrativa es, tras la entrada en vigor de la LPAC y LRJSP, electrónica, se proponen dos posibles soluciones que vendrían a eliminar tales prácticas:

a) En primer lugar, que en aquellos casos en los que surjan necesidades físicas de resolución de expedientes, pueda dictarse resolución verbal por parte de la persona responsable del órgano administrativo que tenga atribuida la competencia y, posteriormente, la lleve a efecto y firme (con su propia firma electrónica) el titular del órgano inferior o funcionario que reciba dicha orden, expresando en el acto o documento administrativo la autoridad de la que procede, conforme al artículo 36.2 LPAC. En caso de tratarse de un acto administrativo resolutorio, deberá tenerse en cuenta la importancia de que el titular de la competencia autorice una relación de las que haya dictado verbalmente expresando su contenido, teniéndose en cuenta al respecto que esta delegación no exime al ordenante de examinar física o electrónicamente (por sí mismo, esto es, personalmente) el expediente administrativo, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen 2977/1999, de 14 de octubre.

b) En segundo lugar, es posible también que, conforme al artículo 12 LRJSP, los titulares de órganos administrativos deleguen la firma de sus resoluciones y actos administrativos en los titulares de órganos o unidades administrativas que de ellos dependan (con los límites ya comentados anteriormente del artículo 9 LRJSP, *vid. supra*) para lo cual, simplemente, debe hacerse constar en la resolución o acto firmado por delegación esta circunstancia y la autoridad de procedencia. No incide en la validez del acto así adoptado la ausencia de publicación de la delegación ya que, conforme al apartado 3 de dicho precepto, no resulta necesaria.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas soluciones son inviables en plataformas que funcionan previa alta de usuarios, quedando limitado el acceso a los previamente registrados o autorizados, lo que impide que un tercero que no esté dado de alta pueda



firmar en nombre de otro. Este problema inherente a las limitaciones de las aplicaciones o plataformas, muy frecuente en la práctica, impide la articulación de soluciones adecuadas a esta problemática, llegando a existir incluso plataformas que sólo permiten un alta por institución.

Los actos y documentos administrativos electrónicos así firmados no adolecerían de defecto alguno, y se eliminaría el riesgo inherente a las cesiones ilegítimas de firma electrónica; no obstante, en caso de procederse de tal forma, habrán de determinarse las consecuencias en el plano de la validez del acto.

El problema que se suscita en todos estos casos es el ya comentado anteriormente, esto es, el inherente a esta tecnología *per se*, en tanto en cuanto resulta difícilmente comprobable por un tercero que recibe el documento en soporte electrónico si la firma electrónica que lleva incorporada ha sido aplicada por su titular o por un tercero de la propia Administración mediando una cesión ilícita de la misma. A todos los efectos, el acto cuenta con la firma electrónica correspondiente y, por tanto, reúne todos los requisitos legales de validez. El documento administrativo es, desde luego, perfecto, y el acto administrativo válido, gozando de una presunción de validez que difícilmente podrá destruirse. A mayor abundamiento, ninguna duda cabe de que, si el acto es válido tanto material como formalmente, devendrá prácticamente inatacable, por más que haya sido el titular responsable de la firma electrónica el que la aplicase o un tercero, al ser prácticamente imposible determinar si en la realidad material el certificado fue aplicado por su titular o no.

Es por ello que, en estos casos, el funcionario cedente de la firma electrónica podría incurrir en las responsabilidades administrativas (disciplinarias) o de cualquier orden que procedan por la autorización de uso a un tercero no titular de la misma, conforme a la normativa estatutaria o laboral que proceda, según cada caso.

#### *3.4.5. Breve mención a la utilización del certificado electrónico particular (no de empleado público) en la actividad administrativa electrónica*

Procede, por último, efectuar una breve mención a otro supuesto también muy extendido en la práctica, consistente en el empleo de la firma electrónica personal, esto es, proporcionado a los empleados públicos a título personal en el ámbito de su vida

privada (como el obtenido para sus propios trámites en la FNMT, por ejemplo), para el ejercicio de la actividad profesional por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, incluso a veces impuesto a éste con carácter preceptivo, y no exento por supuesto de una comprensible oposición directa.

Este supuesto no se corresponde con lo tratado en apartados anteriores pues, a pesar de existir certificados electrónicos específicamente destinados a emitirse a los empleados públicos para el ejercicio de su actividad profesional, siendo por tanto cada organismo público el competente para contratar tales servicios para su propio personal, en definitiva es cada profesional el que hace uso de su propio certificado personal, por lo que no existe cesión ni suplantación alguna, sin que ello obste a reconocer que no se trata de un proceder adecuado y, por ende, el propio personal al servicio de las Administraciones puede hacer uso de los mecanismos, individuales o colectivos, que habilitan el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) o el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), según el caso, para la defensa de los que entiendan son sus derechos como trabajadores de la Administración Pública, pero sin que tales aspectos puedan reputarse determinantes en aras a la perfección o la validez de los documentos y actos administrativos electrónicos, respectivamente. El estudio de tales mecanismos excedería del ámbito del presente trabajo, razón por la cual no se profundiza en la cuestión.

Pero es más, incluso la propia LRJSP prevé, en su artículo 43.1, de forma genérica, que la actuación administrativa en soporte electrónico se efectuará mediante firma electrónica del titular del órgano o del empleado público, continuando su apartado 2 permitiendo a cada Administración Pública la posibilidad de determinar los sistemas de firma electrónica que deba utilizar su personal por lo que, en definitiva, será la Política de Firma Electrónica y Certificados que cada Administración apruebe la que determinará dicho extremo.

Lo que se debe tener en cuenta es que, en caso de tratarse de la generación de un acto o documento administrativo en soporte electrónico, deberá quedar constancia del titular del puesto de trabajo o cargo y la Administración u órgano en la que preste servicios, a efectos de una eventual impugnación, pues en caso contrario sí que podría

ser causa de nulidad por provocarse indefensión *ex* artículo 47.1.a) en conexión con el artículo 24 de la Constitución Española, como tuvo ocasión de examinarse anteriormente<sup>443</sup>. Si queda meridianamente claro el origen y la identidad del órgano del que proviene el acto o documento administrativo, la firma electrónica personal del empleado público continúa ofreciendo las garantías de este tipo de tecnologías, por lo que no daría lugar en ningún caso a la emisión de un documento defectuoso o acto inválido por este único motivo, pudiendo constituir, a lo sumo, una irregularidad no invalidante si se estableció un sistema de firma distinto al finalmente empleado.

### 3.5. Incumplimiento de los requisitos de preservación de la longevidad de la firma y su interoperabilidad

Resulta especialmente relevante la previsión ya mencionada anteriormente de la NTIPFSECA orientada a garantizar la fiabilidad de una firma electrónica a lo largo del tiempo, para lo cual prevé que se utilicen firmas electrónicas “longevas”, gracias a las que se añade información del estado del certificado asociado junto con sellado de tiempo y los certificados de la cadena de confianza; o bien se utilicen otros métodos técnicos que garanticen que la firma no ha sido alterada, incluso mediante auditorías.

Dada la posible caducidad sobrevenida de la firma electrónica, inherente a la propia seguridad de la misma, o la posibilidad del cese en la prestación de servicios de confianza por parte del prestador verificador de su vigencia, que podría conllevar la imposibilidad de comprobar si la firma electrónica fue válida en el momento de producirse el documento o acto administrativo electrónicos de que se trate, se impone la inclusión de determinadas previsiones al respecto en las políticas de firma con el fin de mantener las evidencias de validez de las longevas y gestionar su actualización, estableciéndose en su apartado II.7.5 los procesos a través de los cuales se llevará a cabo dicha protección:

- Mecanismos de resellado de tiempo: consiste en que, cuando el anterior certificado está próximo a su caducidad, se añade un sello electrónico de tiempo con un algoritmo más robusto.

---

<sup>443</sup> Vid. Capítulo II, apartado 4.1

- Mecanismos de resellado o refirma: en caso de obsolescencia de los algoritmos o formatos, se aplicarían con uno más robusto.
- Almacenamiento de la firma electrónica en un depósito seguro: lo cual garantizaría la fecha en que se almacenó y en la que se comprobó su autenticidad y vigencia, protegiéndola contra modificaciones ulteriores.
- Otros sistemas: siempre y cuando garanticen la preservación de las firmas y sellos a largo plazo de forma similar a los anteriores mecanismos, debiendo precisarse y desarrollarse en la política de firma y sello electrónico de la Administración.

Así, la ausencia de resellado o almacenamiento en depósito seguro en aquellos actos que incorporen firma electrónica longeva podría llevar a su invalidez sobrevenida, como se adelantó anteriormente, así como la de aquellos actos que pudiesen dictarse sobre la base de un documento (informe técnico por ejemplo) carente de firma electrónica válida por haber perdido su vigencia y ser imposible su comprobación ulterior por cualquier motivo si no han seguido las prescripciones de la precitada NTI de Política de Firma Electrónica y de Certificados de la Administración.

Tales documentos, además, podría devenir, en tales casos, defectuosos de forma sobrevenida, pues originariamente eran perfectos, lo cual recuerda a la conocida invalidez sobrevenida de los actos administrativos a la que CANO CAMPOS<sup>444</sup> ha dedicado diversos estudios muy acertados.

Dado que se prevén en la precitada NTI los mecanismos de conversión de la firma electrónica ordinaria a longeva en su apartado IV.3, fundamentalmente la verificación de la firma electrónica (validando su integridad, el cumplimiento de los estándares XAdES, CAdES o PAdES y las referencias), realizando un proceso de completado de la firma electrónica (a través de la inclusión de los certificados del firmante y de la cadena de certificación, así como informaciones de estado de los certificados) y, por último,

---

<sup>444</sup> En este sentido, CANO CAMPOS, T.: *La invalidez sobrevenida...*, op. cit.; “La invalidez sobrevenida de los actos administrativos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 1, 2002; “Privaciones patrimoniales y retractos forestales sin causa: un supuesto de invalidez sobrevenida de los actos administrativos. Comentario a la STS de 21 de marzo de 2011”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 22, 2011, pp. 50-57; “La revocación de las autorizaciones en el ámbito económico por razones de ilegalidad sobrevenida” en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coord.): *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 821-840

aplicando el sellado a las referencias a los certificados y a las informaciones de estado. Pues bien, de no observarse estas normas en la conversión, podría originar un documento defectuoso o un acto inválido (anulable) de forma sobrevenida, así como de los que se dicten sobre la base de estos, por imposibilidad de verificar la firma electrónica longeva que incorporan.

Por último, debe hacerse expresa mención a la previsión, aun no vigente por encontrarse la norma reglamentaria que la contiene en tramitación, del artículo 10.3 PRDLPAC-RJSP, que establece que “en las comunicaciones de documentos electrónicos a otros órganos, organismos o entidades y cuando así lo determinen las partes implicadas, la interoperabilidad se garantizará mediante la superposición al código seguro de verificación de un sello electrónico de los previstos en el artículo 42 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, como mecanismo de verificación automática del origen e integridad de los documentos electrónicos”, cuya comprobación deberá permanecer accesible durante, al menos, 5 años, de acuerdo con el apartado 4.e) del citado precepto, transcurrido el cual será necesario solicitarlo al órgano que emitió el documento original para obtener una copia del mismo.

### 3.6. La incidencia de la firma electrónica en la actividad administrativa automatizada (remisión)

Dada la relevancia de la cuestión, razones sistemáticas para su tratamiento hacen necesaria una remisión de este al Capítulo siguiente en el que se examinarán todas las implicaciones de la actividad administrativa automatizada.

## CAPÍTULO V: REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS ELECTRÓNICOS: POSIBLES VICIOS Y SU INFLUENCIA EN LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

### 1. El documento y su evolución hacia el soporte electrónico

En la disciplina archivística, también conocida como archivología<sup>445</sup>, autores como CRUZ MUNDET<sup>446</sup> han advertido que el término “documento” proviene del sustantivo latino *documentum*, que tiene origen a su vez en el verbo *docere*, origen este último del término para otros como SENDÍN GARCÍA<sup>447</sup>, el cual significa enseñar o instruir; algún autor de la ciencia jurídica como MARTÍNEZ USERO<sup>448</sup> coincide en el origen, mientras que VALCÁRCEL FERNÁNDEZ<sup>449</sup> ha estudiado la cuestión, y ubica su génesis terminológica en los vocablos griegos *dék*, *dock* o *doc*, de los que derivan a su vez el sustantivo y verbo latinos mencionados *ab initio*.

A partir de esta raíz etimológica lo define el primer autor, con cita del Diccionario de Terminología Archivística del Consejo Internacional de Archivos, como “la combinación de un soporte y la información registrada en él, que puede ser utilizado como prueba o para consulta”. Otra definición general que puede encontrarse<sup>450</sup> es, por ejemplo, “escrito mediante el cual se prueba, justifica o acredita alguna cosa” o la del Diccionario de la Real Academia Española, una de cuyas acepciones es “escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”.

Y es que, como apunta VALCÁRCEL FERNÁNDEZ<sup>451</sup>, históricamente el documento ha servido a la humanidad, desde el surgimiento del sistema de escritura en el Antiguo

---

<sup>445</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, su definición es “disciplina que estudia los archivos en todos sus aspectos”, por lo que, al estar formados los archivos por documentos y expedientes, todos ellos son objeto de estudio por parte de dicha disciplina.

<sup>446</sup> CRUZ MUNDET, J.R.: *Administración de documentos y archivos. Textos fundamentales*, Ed. Coordinadora de Asociaciones de Archiveros, Madrid, 2011, p. 29

<sup>447</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A.: *Régimen jurídico de los documentos. Aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*, Ed. Comares, Granada, 2009, p. 19

<sup>448</sup> MARTÍNEZ USERO, J.A.: *La gestión del conocimiento en la administración electrónica*, Ed. Arco Libros - La Muralla, Madrid, 2007, p. 177

<sup>449</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Documentos y archivos...”, *op. cit.*, pp. 532 y ss.

<sup>450</sup> Definición contenida en VV.AA.: *Enciclopedia Gran Larousse Universal*, Tomo XI, Ed. Plaza y Janés, Librairie Larousse, 1994, p. 3952

<sup>451</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Documentos y archivos...”, *op. cit.*, p. 533

Oriente Próximo, para registrar datos (inventarios de bienes fundamentalmente en sus inicios), evolucionando en las épocas griega y romana hasta convertirse en sustento básico de las relaciones jurídicas y administrativas, incrementándose con ello la atención que a la cuestión se prestaba. De hecho, GAETE GONZÁLEZ<sup>452</sup> precisa que en China se utiliza el papel derivado de la seda desde el siglo II d.C., siendo los musulmanes los que la importaron a Europa ya en el siglo XIII, y sufriendo un auge estratosférico con la invención de la imprenta por el alemán Johannes Gutenberg hacia el año 1450.

Para VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, España fue el primer país que creó un sistema de archivos estatal, durante el siglo XV, cuando los Reyes Católicos archivaron en la Cancillería de Valladolid todos los documentos importantes, modelo que seguirían otros Estados de la época. No obstante, la ciencia archivística y documental ha pasado casi inadvertida<sup>453</sup> durante muchos años para el Derecho Administrativo y la Administración Pública en general, si bien ya se puso de manifiesto hace años en la doctrina francesa y alemana con autores como DHÉRENT<sup>454</sup> o FISCHER-DIESKAU<sup>455</sup>, entre otros, respectivamente, la importancia de esta ciencia para la Administración Pública en general, dadas sus connotaciones e implicaciones prácticas.

Al servir como medio de acreditación de determinados hechos y su idoneidad, en consecuencia, para servir como medio de prueba los documentos son, como apunta SENDÍN GARCÍA<sup>456</sup>, elementos estructurales e instrumentos imprescindibles para el Derecho, para que éste pueda desplegar sus funciones. Como puede advertirse desde este momento, cualquier documento, público o privado, puede encontrarse en soporte físico (por ejemplo, impreso en papel) o electrónico (*ad. ex.* en una unidad de almacenamiento masivo o disco duro), sirviendo en ambos casos de forma idéntica a su finalidad probatoria.

---

<sup>452</sup> GAETE GONZÁLEZ, E.A.: *Instrumento público electrónico*, Ed. Bosch, 3ª ed., 2009, p. 84

<sup>453</sup> Importante aportación fue la de RIVERO ORTEGA, R.: *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Ed. Thomson Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2008

<sup>454</sup> Por todos, en el ordenamiento jurídico-administrativo francés, DHÉRENT, C.: *Les archives électroniques*, Ed. La documentation Française-Direction des Archives de France, Paris, 2002

<sup>455</sup> En el alemán, entre otros, FISCHER-DIESKAU, S.: *Das elektronisch signierte Dokument als Mittel zur Beweissicherung. Anforderungen an seine langfristige Aufbewahrung*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2005; ROßNAGEL, A., FISCHER-DIESKAU, S., JANDT, S. y KNOPP, M.: *Langfristige Aufbewahrung elektronischer Dokumente*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2007

<sup>456</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A.: "Concepto jurídico de documento", *Diario La Ley*, nº 6587, Ed. Wolters Kluwer, 2006, pp. 1-2

Por ende, los componentes básicos que, con carácter general, forman parte del concepto de “documento” son: (i) una información registrada electrónica o físicamente (ii) en un soporte electrónico o físico (iii) con la finalidad de consulta o para servir como prueba.

Por otra parte, no se puede confundir el documento administrativo y el acto documentado<sup>457</sup>, pues acto y documento administrativos son aspectos diferenciados, al ser este último contenedor del primero, que se erige en mensaje, al ser distinto el documento en sí al soporte del mismo, pues hasta que no se incorpora el mensaje, no puede hablarse de documento *stricto sensu*. Se puede definir el documento en general, con SENDÍN GARCÍA, como la conjunción material de tres elementos: el soporte, la información o mensaje que transmite, y la fijación de dicha información en el soporte. Realmente se trata de dos elementos inseparables entre sí, y que dependen el uno del otro, sin que su carácter material lo limite al papel, puesto que también el soporte electrónico debe considerarse una realidad material.

Para GAETE GONZÁLEZ<sup>458</sup>, los elementos del documento son:

- 1) Elemento corporal: es para el autor el cuerpo del mismo, que comprende dos aspectos:
  - a. *Corpus*, es la cosa corporal, el documento físicamente considerado. Debe tenerse en cuenta que la concepción tradicionalmente admitida de “documento físico” formado por la formación agregada de átomos debe entenderse superada en la actualidad, puesto que el documento “electrónico” o “informático”, está formado (codificado) por bits, que son una combinación de dígitos (por ello algunos lo denominan documentos “digitales”), más concretamente ceros y unos (0, 1), que requieren la intervención de un sistema informático para descodificarlos y transformarlos a un lenguaje inteligible por humanos.
  - b. Grafía o elemento intelectual, es el medio de expresión que se incorpora al cuerpo del documento por parte de su autor, y está integrado por dos aspectos: el estático o físico, como medio de producción de las formas, y

---

<sup>457</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A.: *Régimen jurídico de...*, op. cit., pp. 55-56

<sup>458</sup> GAETE GONZÁLEZ, E.A. *Instrumento público...*, op. cit., pp. 121 y ss.



el dinámico, como enlace entre la mente del autor y el documento, que se refleja posteriormente en los demás (destinatarios).

- 2) Elemento intelectual: comprende tanto la conciencia o intención expresiva al momento de elaborar el documento, como la expresividad explicativa del autor dirigida al destinatario. Este elemento comprende a su vez aspectos como la objetividad (expresión objetiva del pensamiento del sujeto, su significación jurídica y transitividad o comunicabilidad del contenido) y la reconocibilidad (personalidad del autor, existencia de hechos jurídicos y elementos formales). En cuanto a los elementos formales, es de destacar que lo que resulta relevante es la fijación en el documento de la información, siendo el electrónico un nuevo medio o sistema documentario en virtud del cual se genera un documento a partir de la constancia gráfica a través de sistemas informáticos de la información que contiene.

Algún autor como SANZ LARRUGA<sup>459</sup> recuerda que el ordenamiento jurídico-administrativo fue el primero en introducir en España el concepto de documento en soporte electrónico, al definirlo en el artículo 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPH, en lo sucesivo), seguido por la ya derogada LRJPAC al regular en su artículo 37.1 el derecho de acceso a archivos y registros y, posteriormente, en su artículo 45 al introducir la administración electrónica.

El documento electrónico o, siendo más preciso técnicamente, en soporte electrónico, fue ya definido por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado como “entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada”.

Para BAUZÁ MARTORELL<sup>460</sup>, lo correcto es denominarlo “documento informatizado”, y no “documento informático”, pues en este último caso se confundiría también el documento con su soporte, siendo más correcto considerarlo como un “documento que se representa en soporte informático”.

---

<sup>459</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Gestión documental...”, *op. cit.*, p. 926

<sup>460</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 8

Por el contrario, DAVARA RODRÍGUEZ<sup>461</sup> considera que la denominación adecuada debe ser “documento informático”, precisando además que, aunque normalmente se identifica el documento electrónico con el informático realmente no son plenamente coincidentes, ya que existen documentos electrónicos que no son documentos informáticos, no obstante lo cual, incluso el mismo autor, advierte que utiliza ambos de forma indistinta refiriéndose a una misma realidad.

Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO<sup>462</sup> distinguen, al referirse a los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, regulados en el anteriormente vigente artículo 45 LRJPAC, entre “documento electrónico”, “documento informático” y “documento telemático”, concluyendo que sólo cuando aparecen en soporte papel pueden funcionar, aun con particularidades, como “documento”, pudiendo encontrarse adicionalmente en soporte informático con destino a su almacenamiento o eventual reproducción (documento informático) o con destino a intercambiar información con otro ordenador (documento telemático).

En opinión del que suscribe, el término “documento electrónico” es una denominación quizás más actual y extendida, sin que se aprecien diferencias sustanciales con el “documento informático” que impidan su utilización por confusión conceptual en el ámbito que nos ocupa, si bien es conveniente advertir que podrían no ser plenamente coincidentes en determinados supuestos como, por ejemplo, sería el caso de una cinta de vídeo (VHS), la cual puede ser considerada “documento electrónico” por requerir un dispositivo reproductor de vídeo y una pantalla para visualizarlo, pero no ser un “documento informático”, ya que para ostentar tal carácter su descodificación y, por ende, comprensión humana, requeriría un sistema informático u ordenador, como sucedería, *v. gr.*, en el caso de un CD-ROM o DVD que contiene archivos y documentos en formato PDF.

---

<sup>461</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 493. El autor se refiere a la equiparación en su obra de los términos “documento informático” y “documento electrónico” en la Nota al Pie 4 de la misma página anteriormente citada.

<sup>462</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, Ed. Thomson Civitas, 3ª ed., Madrid, 2003, pp. 1262-1263

En el ordenamiento jurídico español, por su parte, se definió el documento electrónico<sup>463</sup> en el artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (LFE, en adelante) en el que se establecía que el documento electrónico es “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”, que fue plasmada sin cambios posteriormente en la Ley 11/2007, de 22 junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (también LAE, en adelante), en su apartado j) del Anexo a la misma, consagrándose así dicha conceptualización.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico italiano, se ha adoptado el término “documento informático”, definiéndose en el artículo 1.p) del *Codice dell'amministrazioni digitale*<sup>464</sup> (CAD, en adelante) como el documento electrónico (nótese que parece considerar a éste como tipo específico dentro de la tipología genérica de documento informático) que contiene la representación informática de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes. Se regula específicamente en el artículo 20 CAD, distinguiéndose del documento administrativo informático, que se regula en su artículo 23-ter; autores como CEVENINI<sup>465</sup> o FAINI<sup>466</sup> también lo denominan “documento informático”, reconociéndose la revolucionaria innovación que supone, sobre todo en materia de gestión documental, por otros como VECCHIO<sup>467</sup> o MERLONI<sup>468</sup>, proporcionando este último una definición muy simple pero precisa de documento informático, como la *rapresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*, coincidente en parte con la contenida en el artículo 1.p) del CAD.

---

<sup>463</sup> Nótese la terminología que se adopta por parte del legislador con carácter general, que es precisamente la que ha prevalecido también en el ámbito del Derecho Administrativo (*vid.* artículos 5 y 27.3.a LPAC, artículo 46.2 LRJSP, etc.)

<sup>464</sup> D. lgs. 82/2005, de 7 de marzo, modificado recientemente mediante D. lgs. 217/2017, de 13 de diciembre

<sup>465</sup> CEVELINI, C.: “Il documento informatico e la firma digitale”, en AA.VV.: *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, Ed. Clueb, p. 133

<sup>466</sup> FAINI, F.: “Documenti informatici e comunicazioni telematiche”, en IASELLI, M.: *La nuova pubblica amministrazione. I principi dell'agenda digitale*, Ed. Aracne, 1ª ed., 2014, pp. 53 y ss.

<sup>467</sup> VECCHIO, M.G.: “La documentazioni amministrativa digitalizzata. Aspetti conoscitivi”, en MERLONI, F. (Dir.): *Introduzione all'eGovernment. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 112

<sup>468</sup> MERLONI, F.: “La documentazioni amministrativa digitalizzata. Aspetti giuridici”, en MERLONI, F. (Dir.): *Introduzione all'eGovernment...*, *op. cit.*, p. 97

La doctrina alemana, de forma más correcta a mi entender, los ha denominado con la terminología que igualmente aquí se defiende, la de “documento electrónico”, así FISCHER-DIESKAU<sup>469</sup> o PETERSEN<sup>470</sup>, y así se recoge igualmente en el § 3a VwVfG al regular su transmisión electrónica, definiéndose por DIETLEIN y HEINEMANN<sup>471</sup>, haciendo suya la definición de STORR y SCHLIESKY, como *solche einzustufen, die nicht papierbezogen sind und bei denen kein automatischer papierausdruck erfolgt*<sup>472</sup>.

En la doctrina española, DAVARA RODRÍGUEZ<sup>473</sup> distingue tres tipos de documentos electrónicos, a saber:

- a) *Printout*: se trata del soporte de información en papel generado empleando medios informáticos, esto es, un listado impreso de información que originalmente se encuentra en soporte informático. Es considerado en sí mismo documento, independientemente de su correspondencia con el original, puesto que lo que en este caso interesa es precisamente el contenido del soporte papel, no el informático o electrónico.
- b) *Input*: es el documento informático creado a partir de datos almacenados en la memoria de un dispositivo.
- c) *Electronic Data Interchange* (EDI) o Intercambio Electrónico de Datos: es un soporte de información electrónico formado mediante el intercambio de mensajes estructurados sobre la base de unas normas comunes (que permiten la conocida interoperabilidad) de naturaleza técnico-informática.

Para el autor, la problemática se suscita en los apartados b) y c), pues mientras que el primero de ellos no tiene en cuenta la información electrónica o informática, en los otros dos sí que es fundamental. Y no puede dejar de tenerse en cuenta que, para poder visualizar un determinado documento de forma inteligible por el hombre, debe haber un proceso electrónico previo que transforme la codificación informática, esto es, que la descodifique para hacerla interpretable por el hombre mediante el uso del lenguaje natural.

---

<sup>469</sup> FISCHER-DIESKAU, S.: *Das elektronisch signierte...*, op. cit., p. 55

<sup>470</sup> PETERSEN, C.: *Die Rechtsprobleme des Electronic Government. Der weiter Weg zum elektronischen Verwaltungsverfahren*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2014, p. 85

<sup>471</sup> DIETLEIN, J. y HEINEMANN, J.: “eGovernment und elektronischer...”, op. cit., p. 55

<sup>472</sup> Puede traducirse como “aquellos que no están basados en el papel y que no tienen una impresión automática en papel” (la traducción es mía).

<sup>473</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 492

Es precisamente en este proceso en el que debe poder garantizarse que el documento mostrado de forma inteligible es el original, y se corresponde con la codificación informática, es decir, que la descodificación de la información esté investida de las garantías necesarias para poder asegurar dicha originalidad, lo cual no es muy complicado a nivel técnico y, de hecho, está ampliamente superada esta problemática en el estado actual de la ciencia y la técnica informática. Y es que, el nuevo soporte en que se generan documentos, esto es, el electrónico, supone una variación de las reglas del juego tradicionalmente admitidas.

En definitiva, en la actualidad un documento electrónico y, por tanto, también el documento o acto administrativo electrónicos, están formados por un contenido, unos metadatos y la(s) firma(s) electrónicas incorporadas al mismo, de conformidad con el esquema XML contenido en el Anexo II de la NTI de Documento Electrónico<sup>474</sup>.

## **2. El documento administrativo electrónico**

Avanzando en este sentido, un tipo de documento específico sería el documento administrativo, que no es otra cosa sino la plasmación documental de las decisiones y actuaciones administrativas sobre un particular, pudiendo comprender multitud de ellas: informes, actas de sesiones de órganos colegiados, actos administrativos, etc., y cada uno de ellos obedecer a una finalidad distinta, así se encuentran los documentos de decisión (como el acuerdo o la resolución), de transmisión (la notificación, publicación, comunicaciones y oficios, nota interior), de constancia (actas y certificados) o de juicio (como los informes)<sup>475</sup>.

Para SENDÍN GARCÍA<sup>476</sup>, las funciones que puede desempeñar el documento administrativo son, básicamente y como funciones primarias, las de constancia (para

---

<sup>474</sup> En este sentido, debe precisarse que el lenguaje XML es un lenguaje de programación, siendo XSDL (XML *Schema Definition Language*) el nombre técnico de los lenguajes de esquema de XML, desarrollado por el *World Wide Web Consortium* (W3C), y se utilizan para describir la estructura y las restricciones de los contenidos de los documentos escritos en lenguaje XML de una forma muy precisa y que permite una mejor percepción de documentos con un nivel alto de abstracción. Normalmente se encuentran tales archivos con extensión .xsd, proveniente de XML *Schema Definition*.

<sup>475</sup> Sobre la amplia variedad existente de documentos administrativos y su estructura puede consultarse VV.AA.: *Manual de Documentos Administrativos*, Ed. Tecnos-Ministerio de Administraciones Públicas, 3ª ed., Madrid, 2003

<sup>476</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A.: *Régimen jurídico de...*, op. cit., pp. 57-58

insertar su contenido en un soporte duradero probando su existencia con el paso del tiempo) y de comunicación (permitiendo trasladar su contenido, bien con carácter interno –entre Administraciones–, bien externo –entre la Administración y terceras personas en general<sup>477</sup>–), si bien reconoce que cumpla otras funciones secundarias como de documentación histórica, cultural, etc.

Por su parte, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ<sup>478</sup> define el documento administrativo como la incorporación a un soporte, realizada intencionalmente por una Administración, de la constancia de una actuación o información relativa a su actividad. Por su parte, SANZ LARRUGA<sup>479</sup> define al documento administrativo como el soporte en el que se materializan los distintos actos de la Administración, así como la forma externa de dichos actos. Otras definiciones<sup>480</sup> que pueden encontrarse identifican el documento mismo con su soporte, a mi juicio erróneamente, por lo que deben descartarse ya que, como se ha apuntado anteriormente, no es lo mismo el contenido del documento que su soporte, pues ambos aspectos parten de una misma realidad, pero sin que se deban confundir entre sí.

La particularidad en este aspecto reside en el soporte en que se van a generar, emitir y conservar los documentos administrativos en general, el electrónico, al haberse establecido el funcionamiento electrónico preceptivo para las Administraciones Públicas como obligación *ex lege* tras la entrada en vigor del par normativo formado por la LPAC y la LRJSP. Como ya decía con anterioridad VALERO TORRIJOS<sup>481</sup>, el tradicional concepto de documento pierde su dimensión formal y refuerza su vertiente informativa, cuya integridad y autenticidad deben ser garantizadas mediante la técnica.

Previamente, el artículo 41.1 del ya derogado Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrollaba parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (RLAE), establecía las

---

<sup>477</sup> En el concepto de “personas” debe comprenderse cualquier persona física o jurídica, e incluso entes sin personalidad, por lo que se emplea en el sentido omnicompreensivo a que se refiere GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS en GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, *op. cit.*, p. 99, término que es empleado además por la LPAC, a diferencia de la LRJPAC, que utilizaba el término “ciudadano”, de forma bastante correcta a mi entender.

<sup>478</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Documentos y archivos...”, *op. cit.*, p. 541

<sup>479</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Gestión documental...”, *op. cit.*, p. 924

<sup>480</sup> Como la contenida en VV.AA.: *Manual de documentos...*, *op. cit.*, pp. 17-18

<sup>481</sup> VALERO TORRIJOS, J.: “Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de...*, *op. cit.*, p. 397

características que todo documento electrónico emitido por ciudadanos o Administraciones Públicas debía cumplir, concretamente: a) contener información de cualquier naturaleza; b) estar archivada la información en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado; y c) disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico. Adicionalmente, el mismo precepto *in fine* exigía a los documentos administrativos electrónicos: (i) haber sido expedidos y firmados electrónicamente mediante los sistemas de firma previstos en los artículos 18 y 19 LAE; y (ii) ajustarse a los requisitos de validez previstos en la LRJPAC. Dicha referencia obedecía a la regulación del documento administrativo electrónico del artículo 45.5 de la ya derogada LRJPAC, que disponía que:

“Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras leyes”.

Por su parte, el actualmente vigente artículo 26.1 LPAC define los documentos públicos administrativos como “los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas”, momento a partir del cual, cuando además son emitidos por funcionarios que ostentan autoridad, autores como AGUADO CUDOLÀ<sup>482</sup>, entre otros, afirman que se ven investidos de la presunción de certeza y veracidad, que a su vez se encuentra recogida en el artículo 77.5 LPAC, al establecer que “los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”. Estos documentos, como acertadamente apunta BARRERO RODRÍGUEZ<sup>483</sup>, tienen un valor probatorio

---

<sup>482</sup> AGUADO CUDOLÀ, V.: *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionador*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 106 y ss.

<sup>483</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “Las pruebas”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 1710

privilegiado, pero éste se refiere a aquellos aspectos objetivos que forman parte del mismo, sin que lleguen a alcanzar a los subjetivos, todo ello por encontrarse vinculados a la condición de autoridad del funcionario competente para la expedición del documento público, motivo por el cual autores como GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO<sup>484</sup> no dudan en identificarlas como “pruebas hipervaluadas”, por ostentar mayor potencia probatoria.

Por último, procede recordar que el artículo 3.5 *in fine* LFE también regula algunos requisitos que debe cumplir todo documento público o administrativo. En este sentido, el artículo 3.6.a) LFE establece que, además de los establecidos en su normativa específica, todo documento público deberá estar firmado electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias y cumpliendo los requisitos exigidos por la ley en cada caso; y, para el caso de los documentos administrativos, el apartado b) del mismo precepto exige que sean expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

No obstante, como ya tuvo ocasión de apuntar PALOMAR OLMEDA<sup>485</sup>, la regulación de la LAE es distinta a la correspondiente a la legislación reguladora de la administración electrónica puesto que, a su juicio, si bien la incorporación de la firma electrónica al documento lo dota de fehaciencia en relación a los datos que contiene, su naturaleza jurídica de documento público se la proporciona el ordenamiento jurídico y el hecho de haber sido emitido por un funcionario dotado de la capacidad de dar fe pública, por lo que su valor será de documento administrativo sin que la firma electrónica altere su régimen.

Resulta así mismo interesante la apreciación que efectúa SANZ LARRUGA<sup>486</sup>, para quien se pueden distinguir los documentos públicos administrativos, los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas (artículo 26.1 LPAC) de los documentos

---

<sup>484</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la...*, *op. cit.* pp. 1359 y 1363

<sup>485</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Ed. Thomson Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 170

<sup>486</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Gestión documental...”, *op. cit.*, p. 931



públicos no administrativos, caso de los emitidos por organismos públicos que no tengan la consideración de Administración Pública, como los del poder judicial o legislativo.

Tras esta breve introducción acerca de los documentos administrativos electrónicos, procede a continuación efectuar un examen de los efectos que se derivan del incumplimiento del resto de requisitos que la normativa vigente en la actualidad ha impuesto a aquéllos.

### **3. La necesidad de incorporar firma electrónica: remisión**

Dada la relevancia que supone la incorporación de la firma electrónica al documento o acto administrativos, se ha estimado conveniente dedicar un Capítulo específico<sup>487</sup> de este trabajo para su tratamiento, al que remitimos para profundizar sobre el particular.

### **4. Cuestiones relativas al formato**

El formato de un archivo es, en la ciencia de la informática, la forma en que se almacena, captura o envía el mismo. En el Anexo I del ENI se define como el “conjunto de reglas (algoritmo) que define la manera correcta de intercambiar o almacenar datos en memoria”.

El formato de un archivo, como regla general, puede conocerse gracias a la extensión que el mismo tiene asignada tras el nombre o denominación utilizada para diferenciarlo del resto, siguiendo la fórmula genérica “nombrearchivo.extensión”, y así encontramos, por ejemplo, la denominación “Documento1.doc”, donde “Documento1” sería el nombre asignado al archivo y “.doc” sería la extensión. Gracias a ésta puede conocerse, entre otros, la naturaleza de la información contenida en el mismo, que en el ejemplo utilizado se trataría de un archivo de texto, cuyo contenido normalmente es elaborado gracias a un procesador de textos individual (Microsoft Word®, Writer®, etc.) que a su vez puede estar integrado en una suite ofimática (Microsoft Office® u OpenOffice®, entre otras). Dicha extensión varía en función del tipo de documento de que se trate, existiendo una gran variedad de ellas, unas más comunes que otras.

---

<sup>487</sup> Vid. Capítulo IV

En función de la naturaleza de la información a contener, existen unos formatos más adecuados que otros para cumplir su finalidad, es decir, para almacenar un documento de texto se suelen utilizar los formatos .doc, .txt o .rtf (a su vez, cada uno de ellos procede utilizarse en función de otras variables, como por ejemplo si va a contener sólo texto o imágenes y gráficos también), para su envío (aunque también para su conservación) suele utilizarse el formato .pdf por su capacidad de ser comprimido y propiedades, y para capturarlos se utiliza por ejemplo el formato .raw, como las cámaras fotográficas avanzadas, ya que no comprime la información y, por ende, la información que contiene y la calidad de la misma es originariamente muy elevada, si bien debe ser objeto de posterior conversión, una vez efectuado el tratamiento correspondiente, para su utilización, precisamente por la cantidad de información que contiene y, por consiguiente, su excesivo tamaño, innecesario si no se va a llevar a cabo ningún tratamiento adicional de la imagen originalmente capturada.

Como puede apreciarse, la importancia del formato que tenga un archivo es clave tanto para la captura como para la conservación y remisión de la información que contiene puesto que, incluso en determinados supuestos, será necesario remitir documentación al órgano judicial requirente, para lo cual lo más adecuado es un formato generalizado para evitar retrasos indebidos, como ha puesto de manifiesto MÜLLER<sup>488</sup>.

Téngase en cuenta, en relación con la conservación y su relevancia, que la adopción de formatos adecuados impediría la necesidad de aplicar procedimientos, que deben erigirse en último recurso, que algún autor como BIA<sup>489</sup> ha denominado *arqueología digital*, y al que se recurre cuando la recuperación de la información es totalmente inviable por haber quedado las fuentes de información dañadas, fragmentadas y obsoletas.

En este último caso se encontraría un fichero que ha sido almacenado sin respetar los formatos adecuados y que, con el paso del tiempo, se hace necesario recuperar, sin que ningún agente responsable haya tenido en cuenta la evolución de dicho formato por no encontrarse dentro de los establecidos normativamente como de general aplicación,

---

<sup>488</sup> MÜLLER, H.: "Papier zu Papier, Byte zu Byte. Die elektronischen Verwaltungsakte erreicht die Gerichte", *NZS*, 2014, 929

<sup>489</sup> BIA, A.: "La preservación digital, ¿un problema tecnológico u organizativo?" en BLASCO DÍAZ, J.L. y FABRA VALLS, M.J. (Edit.): "El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos", Colección Estudios Jurídicos, nº 16, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2008, p. 436

por lo que existiría el riesgo de pérdida total de la información o, cuanto menos, parcial, toda vez que la evolución de los formatos no siempre permiten recuperar versiones primitivas de los mismos de forma totalmente fidedigna al original, produciéndose como mínimo desajustes en cuanto a caracteres, formato u otro tipo de contenido que, en determinados casos, en función de la información que albergan, puede resultar importante conservar.

A mayor abundamiento, la elección de los formatos se traduce posteriormente, en el ámbito de la administración electrónica, en las posibilidades que tiene un ciudadano, por ejemplo, para visualizar sin mayores complicaciones una resolución que se le hace llegar por parte de una Administración Pública. Es por ello que el artículo 1.2 del ENI se hace eco de esta importancia capital del formato y establece que:

“El Esquema Nacional de Interoperabilidad comprenderá los criterios y recomendaciones de seguridad, normalización y conservación de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones públicas para asegurar un adecuado nivel de interoperabilidad organizativa, semántica y técnica de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias y para evitar la discriminación a los ciudadanos por razón de su elección tecnológica”.

Como puede advertirse, los criterios y recomendaciones de seguridad, normalización y conservación que uniformemente establece el ENI se hace respecto de (i) la información, (ii) los formatos y (iii) las aplicaciones que se empleen por las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar, de un lado, la interoperabilidad entre ellas y, de otro, el empleo de formatos y aplicaciones de uso generalizado por los ciudadanos, permitiéndoles de esta forma su accesibilidad sin impedimentos ni complicaciones innecesarias.

De hecho, siendo el acto administrativo electrónico, en esencia, un documento electrónico, la inobservancia de los requisitos de interoperabilidad establecidos para éstos podría dar lugar también a la aparición de irregularidades no invalidantes respecto al acto administrativo, para lo cual es necesario examinar en cada caso concreto la gravedad del vicio de que adolece en relación con la NTI de Documento Electrónico, salvo aquellos supuestos en que dicho incumplimiento tenga consecuencias en otros ámbitos de los mismos, como sería por ejemplo el incumplimiento de determinadas prescripciones técnicas básicas de la firma electrónica o de su correcta conservación

temporal que diera lugar a su vez al incumplimiento de las características que, como se vio anteriormente, deben cumplir los certificados electrónicos, dada la especial importancia que este aspecto tiene en relación con la integridad y autenticidad de aquéllos, caso en el que el tratamiento de tales vicios seguirían lo apuntado en el Capítulo anterior en relación con la firma electrónica.

El artículo 23.1 ENI establece que, en cualquier caso, el formato debe garantizar la conservación del documento, fin al que se debe aquél, por lo que se hará en el formato en que haya sido elaborado, enviado o recibido. Así mismo, se utilizará un estándar abierto que preserve a lo largo del tiempo la integridad del contenido del documento, de la firma electrónica y de los metadatos que lo acompañan, debiendo tratarse de un formato de uso generalizado.

Para ello, se prevé en el ENI la remisión a una Norma Técnica de Interoperabilidad que desarrolle todo un catálogo de formatos admitidos en función de la tipología documental de que se trate, permitiendo así a las Administraciones Públicas efectuar la elección de entre todos los disponibles en función de sus necesidades técnicas u operativas.

A tal fin se aprobó la NTICE, cuyo catálogo prevé con todo detalle aquellos formatos que, en cada caso y en función de la información a contener, pueden ser utilizados por las Administraciones Públicas en cumplimiento de las previsiones del ENI, aunque se prevé en su Apartado IV, letra d), que se podrán utilizar otros formatos cuando existan particularidades que lo justifiquen o sea necesario para asegurar el valor probatorio de la información electrónica de las actividades y procedimientos en caso de proceder a su conversión de formato, si bien esta habilitación debe emplearse en la práctica sólo excepcionalmente

Se prevé, además, en el artículo 23.3 ENI que, en caso de existir riesgo de obsolescencia del formato, es decir, que deje de emplearse para el fin pretendido por la generalidad de usuarios, o bien deje de figurar entre los admitidos en la precitada norma técnica derivada del ENI, se aplicarán procedimientos normalizados de copiado auténtico de los documentos con cambio de formato, de etiquetado con información del formato utilizado y, en su caso, de las migraciones o conversiones de formatos, todo ello con la finalidad de preservar la información contenida en los archivos de forma independiente de todo elemento técnico externo a los mismos, incluido el formato.

Procede, por tanto, examinar las consecuencias que se podrían derivar de una eventual inobservancia de las previsiones de las diversas Normas Técnicas por parte de las Administraciones Públicas, a la hora de elaborar sus documentos electrónicos y, entre éstos, de dictar sus actos administrativos.

En este sentido, como se ha visto, la finalidad de utilizar un formato u otro por parte de la Administración es, tanto para garantizar la interoperabilidad con el resto de Administraciones Públicas, como para permitir al ciudadano acceder al contenido de los documentos sin mayores trabas, aspecto cuya relevancia ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por GAMERO CASADO<sup>490</sup>, así como MARTÍNEZ GUTIÉRREZ<sup>491</sup>; también, en la doctrina alemana, por HECKMANN y ALBRECHT<sup>492</sup>, para quienes la neutralidad tecnológica es la mejor forma de evitar la formación de “islas” entre Administraciones Públicas, facilitando así el intercambio, entre otros, de documentos entre las mismas. En cualquier caso, debe diferenciarse del supuesto en que se trate de un documento administrativo electrónico, de aquél en que tal documento es específicamente un acto administrativo, puesto que en cada caso las consecuencias diferirán.

En el primer caso, esto es, cuando con la utilización de un formato incorrecto o no previsto por la NTICE para el documento electrónico en cuestión, una determinada Administración no puede interoperar con el resto, se encontrará, en primer lugar, incumpliendo las previsiones de la LPAC y la LRJSP. En este caso no se prevén mayores consecuencias por dicho incumplimiento salvo la responsabilidad disciplinaria, si dicho incumplimiento es imputable al personal al servicio de la Administración Pública incumplidora, motivo por el que se incurrirá en las sanciones disciplinarias correspondientes, pero sin mayor incidencia *ad extra*; salvo que se dé dicha incidencia, como podría ser el caso en que otra Administración Pública haya sido requerida para la emisión de un informe o dictamen sobre un asunto particular, caso en que el efecto que tendrá es la ineficacia del documento, y sin que pueda iniciarse cómputo de plazo alguno para la Administración receptora en aras a la emisión de dicho informe hasta que sea

---

<sup>490</sup> GAMERO CASADO, E.: “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica: su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de...*, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

<sup>491</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica...*, *op. cit.*, pp. 375 y ss.

<sup>492</sup> HECKMANN, D. y ALBRECHT, F.: “Das Gesetz zur...”, *op. cit.*

subsano el defecto de que adolece el documento, ni se pueda entender cumplida su obligación por parte de la Administración remitente o emisora.

En el segundo caso, el impedimento al ciudadano de acceder al contenido de un documento determinado puede originar consecuencias importantes en el procedimiento administrativo. En relación con la perfección del documento, podría no influir el establecimiento de un formato improcedente, en tanto en cuanto el contenido del documento o acto podría ser ajustado a Derecho y la improcedencia del formato empleado podría considerarse una mera irregularidad.

En definitiva, el uso de un formato inadecuado, por ejemplo, por no encontrarse previsto en la NTIDE sería, en principio, un vicio de forma y, por lo tanto, supondría un vicio de anulabilidad en el caso de que el acto carezca de los requisitos esenciales para alcanzar su fin o produzca indefensión. No obstante, en el segundo caso expuesto anteriormente, el alcance invalidante sólo podría producirse si se genera indefensión, en la medida en que el formato del documento impida a los interesados acceder a su contenido.

En el caso de las notificaciones, el problema se trasladaría al plano de la eficacia ya que, si el ciudadano alega la imposibilidad de acceder a visualizar el contenido del documento por haberse empleado un formato no generalizado o de los previstos en la NTICE, el mismo no podría desplegar efecto alguno puesto que, como acertadamente han apuntado GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>493</sup>, el artículo 43.2 LPAC debe interpretarse en el sentido de que, para entender el acto notificado y, por ende, devenga eficaz, no basta con el acceso por parte del interesado al sistema de notificaciones, sino que es preciso que acceda a cada concreta notificación para entenderse practicada puesto que, como acertadamente afirma MARTÍN DELGADO<sup>494</sup>, lo que se persigue es garantizar el conocimiento del contenido del acto por parte del destinatario, correspondiendo la carga de la prueba a la Administración, sin que sean imputables a la Administración aquellos supuestos en que la falta de acceso es imputable al interesado, como la obsolescencia de sus sistemas informáticos por antigüedad de los mismos o la falta de certificado electrónico, como ilustran las sentencias citadas por dicho autor del

---

<sup>493</sup> GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, op. cit., p. 575

<sup>494</sup> MARTÍN DELGADO, I.: "Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., p. 2156

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de mayo de 2014<sup>495</sup> y 17 de enero de 2014<sup>496</sup>, respectivamente. Por tanto, dicho defecto deberá ser subsanado por la Administración en aras a la eficacia del acto administrativo electrónico pues, aun siendo válido en cuanto al contenido, no podría desplegar efectos. Y es que, como acertadamente señala BARRERO RODRÍGUEZ<sup>497</sup>, el medio preferente para las notificaciones es el electrónico, que alcanza su máximo grado con los sujetos que la Ley establece como obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración.

No obstante lo anterior, a pesar de que se dé la ineficacia del documento o acto, la notificación sanaría y, por ende, el acto devendría eficaz en ese momento si, por la propia actuación del destinatario, se demuestra que efectivamente ha podido visualizarlo, si bien ello sería improbable, salvo que la Administración proporcione en la misma sede electrónica el aplicativo necesario basado en *web services* gracias al cual se pueda visualizar en la propia plataforma, que sería lo deseable, o bien el ciudadano realice actuaciones que demuestren su total conocimiento del contenido de la notificación ya que, en caso contrario, si lo único que se puede confirmar es la descarga por parte del ciudadano de la notificación, difícilmente podrá acreditarse el acceso a la misma, y el ciudadano podría alegar el error en el formato del documento o acto y su desconocimiento del contenido, por lo que se podría declarar el acto ineficaz por dicho motivo.

Por último, resulta criticable que el supuesto de que sea el ciudadano el que envíe un documento a la Administración con un formato no válido o que no le permita a la misma su visionado no haya sido previsto en la nueva LPAC de forma expresa, como por el contrario hace, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico-administrativo alemán el § 3a.3 VwVfG, al establecer que se le hará saber inmediatamente para que proceda a la subsanación o a la presentación en soporte papel, si le resulta imposible hacerlo electrónicamente en el formato indicado por la Administración (que, por otra parte, añadido, debería ser de los ampliamente admitidos y de disponibilidad gratuita, como muchos *open source* existentes en el mercado); en la LPAC, si un obligado a relacionarse

---

<sup>495</sup> JT 2014\1251 (Rec. nº 134/2013)

<sup>496</sup> JT 2014\473 (Rec. nº 166/2013)

<sup>497</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “La notificación de los actos administrativos”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el...*, op. cit., p. 154

electrónicamente con la Administración presenta un documento en un formato inválido será requerido para la subsanación, en su caso, pero si le resulta imposible por cualquier motivo no existe una previsión expresa al respecto, lo cual no resulta adecuado al principio de seguridad jurídica.

#### **5. Los datos de identificación del documento que permiten su individualización y su incidencia en la perfección del documento o en la validez del acto**

El artículo 26.2.b) LPAC, como segundo requisito de los documentos administrativos electrónicos, exige a éstos “disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico”. Así, se erige lo recogido en este apartado en un requisito de todo documento electrónico cuya inobservancia podría dar lugar a la generación de un documento defectuoso por ausencia de datos de identificación que permitan su individualización, o bien en un acto administrativo inválido.

Del tenor literal del precepto resulta que es irrelevante que el documento vaya a incorporarse a un expediente administrativo electrónico, que a su vez tendrá sus propios datos identificativos, puesto que el requisito debe ser cumplido individualizadamente por cada documento y, así mismo, por el expediente en sí. Ello es obvio, puesto que los datos identificativos de un documento son distintos de los correspondientes al expediente en el que posteriormente se integra, ya que se trata de dos conceptos totalmente distintos.

Lo que se debe determinar es, en primer lugar, la calificación que merece el documento o acto como consecuencia del incumplimiento de dicho requisito y, por ende, las consecuencias jurídicas que se aplican a un documento que adolece de su preceptiva identificación como unidad independiente que permita distinguirlo del resto (expediente, archivo, etc.), garantizando así su debida individualización.

Pues bien, para ello debe tenerse en cuenta la finalidad de dicha identificación, que no es otra sino permitir una correcta gestión documental del mismo, que permite su distinción del resto de documentos en aras a su integración en un expediente



administrativo electrónico, pues ello habilita, entre otras funciones, las de búsqueda o indexación<sup>498</sup> por los sistemas informáticos.

Ahora bien, defecto documental consistente en no estar debidamente identificado no es un vicio de tal calado que deba dar lugar a la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, ya que estas categorías de la invalidez responden a infracciones más o menos graves, respectivamente, del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta además que rige en Derecho Administrativo el principio de conservación de actos. Por su parte, cuando tal vicio afecte a cualquier documento administrativo en general podría dar lugar a un documento defectuoso y le privaría de eficacia, salvo que el vicio sea de tan escasa entidad que deba ser considerado una mera irregularidad susceptible de subsanación de oficio o a instancia del interesado.

Así, en el presente caso, una incorrecta o ausente identificación de los documentos electrónicos, solución en este caso extensible al acto administrativo, podrá ser determinante de una mera irregularidad cuya subsanación es obligación de la Administración generadora del documento o acto, a la mayor brevedad posible desde su apreciación; si su contenido es acorde con el ordenamiento jurídico no podrá dar lugar, en ningún caso, a su calificación como defecto en el caso del documento administrativo electrónico o como vicio de invalidez en el caso del acto administrativo. Por último, debe hacerse referencia expresa a la previsión del artículo 19 del PRDLPA-RJSP, el cual establece que “el uso de la firma electrónica no excluye la obligación de incluir en el documento o comunicación electrónica los datos de identificación que sean necesarios de acuerdo con la legislación que le sea aplicable”, lo cual debe distinguirse de los datos de identificación aquí examinados.

Si bien en este apartado se ha examinado la exigencia de identificación documental a efectos de su individualización, a lo que el artículo 19 precitado se refiere es a los datos identificativos de la Administración o funcionario público de la que provenga, aclarando así que, a pesar de que un certificado electrónico puede identificar perfectamente a una persona o ente público determinada, ello no exime de hacer constar en el propio

---

<sup>498</sup> La indexación consiste en la ordenación de datos o documentos con un criterio común para facilitar su búsqueda u ordenación. Por ejemplo, cuando se autoriza al sistema operativo indexar el contenido almacenado en el disco duro, se hace con fines de eficiencia en la gestión de los datos, permitiendo así una búsqueda y detección de datos mucho más rápida que si no se indexase.

contenido del documento el ente o funcionario que dicta el acto, según disponga la legislación que resulte de aplicación.

## 6. Los errores u omisiones en los metadatos

El artículo 26.2.d) LPAC exige, como requisito del documento administrativo electrónico, que el mismo incorpore “los metadatos mínimos exigidos”. A tal efecto, debe acudir en primer lugar al artículo 42 del RLAE, vigente de acuerdo con la Disposición Derogatoria Única de la LPAC, el cual define los metadatos como “cualquier tipo de información en forma electrónica asociada a los documentos electrónicos, de carácter instrumental e independiente de su contenido, destinada al conocimiento inmediato y automatizable de alguna de sus características, con la finalidad de garantizar la disponibilidad, el acceso, la conservación y la interoperabilidad del propio documento”; también es admitida la referencia a los mismos como aquellos “datos que se refieren a otros datos o procesos”<sup>499</sup> o “dato que define y describe otros datos”<sup>500</sup>, simplificando así la explicación del concepto para su mejor entendimiento<sup>501</sup>. Para GARCÍA MARTÍNEZ<sup>502</sup>, podrían diferenciarse tres tipos de metadatos: los automatizables, que cumplimenta el sistema automáticamente, los heredables o deducibles, que pueden asignarse automáticamente previa programación del equipo correspondiente, y los manuales, que deben introducirse de esta manualmente, en cualquier caso. La tendencia es a incrementar las posibilidades de automatización de los metadatos, e incluso se apunta ya, como aventura BUSTOS PRETEL<sup>503</sup>, a la posibilidad de utilizar la

---

<sup>499</sup> Definición contenida en la Norma ISO/IEC 11179 *Metadata Registry (MDR) standard*, la cual estandariza los metadatos a emplear y registrar por cualquier organización

<sup>500</sup> Definición contenida en el Anexo del ENI

<sup>501</sup> Un metadato referente a un documento o expediente electrónico, *e. gr.*, es un dato que describe alguna cualidad de este. Por ejemplo, la fecha de apertura del expediente o en que se dicta el acto administrativo, tipo de firma electrónica que incorpora el documento, estado del expediente administrativo en un momento determinado, etc. Todo documento o expediente administrativo debe contener una serie de metadatos obligatorios establecidos por la correspondiente Norma Técnica de Interoperabilidad, a los que pueden adicionarse otros complementarios, siempre con estricta observancia a la precitada Norma Técnica.

<sup>502</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, J.L.: “Los metadatos en la gestión de documentos”, en BUSTOS PRETEL, G. (Coord.): *La gestión del documento electrónico*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 140

<sup>503</sup> BUSTOS PRETEL, G.: “El día en que los documentos hablen entre ellos”, en BUSTOS PRETEL, G. (Coord.): *La gestión del...*, *op. cit.*, p. 23

tecnología *blockchain* para añadir instrucciones autoejecutables y condicionadas entre sí en los documentos electrónicos.

La regulación técnica de la cuestión se encuentra en la NTIDE, en la que se contienen en detalle tales metadatos de preceptiva inclusión. En dicha disposición, concretamente en su Anexo I, aparecen tales metadatos mínimos exigidos, a saber:

- Versión NTI: identificador normalizado de la versión de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento electrónico conforme a la cual se estructura el documento electrónico.
- Identificador: se corresponde con el identificador normalizado del documento.
- Órgano: identificador normalizado de la Administración generadora del documento o que realiza la captura o digitalización del mismo, según el caso.
- Fecha de captura: se trata de la fecha de alta del documento en el sistema de gestión documental.
- Origen: indica si el contenido del documento fue creado por un ciudadano o por una Administración Pública.
- Estado de elaboración: indica la naturaleza del documento y, en caso de tratarse de una copia, se indicaría también si se ha realizado una digitalización o conversión de formato en el proceso de generación del mismo.
- Nombre del formato: se trata de la especificación del formato lógico del fichero de contenido<sup>504</sup> del documento electrónico.
- Tipo documental: en este apartado se especifica si se trata de (i) un documento generado por la Administración, que comprendería los de decisión (resolución, acuerdo, contrato, convenio o declaración), de transmisión (comunicación, notificación, publicación o acuse de recibo), de constancia (acta, certificado y diligencia) y de juicio (informe); (ii) un documento generado por el ciudadano (solicitud, denuncia, alegación, recursos, comunicación, factura u otros); y, por último, (iii) otros no comprendidos anteriormente cuyo tipo documental habrá de precisarse en función de los criterios establecidos en la Política de Gestión Documental de Documento Electrónico que tenga aprobada la Administración de que se trate.

---

<sup>504</sup> Vid. *supra* (apartado 4) en relación con el concepto de formato del documento.

Al respecto, debe precisarse, para un correcto entendimiento de este requisito, que la mayoría de metadatos examinados son lo que el ENI ha denominado “metadatos de gestión de documentos”<sup>505</sup>, por lo que debe tenerse en cuenta la necesidad de establecer una correcta “Política de Gestión Documental”, la cual consiste en un conjunto de normas o directrices en el ámbito de una determinada organización (Administración Pública o ente del sector público en este caso) que tiene por objeto principal establecer el conjunto de criterios comunes en relación con la gestión de los documentos y expedientes generados o custodiados por la misma, de acuerdo con la normativa que resulta de aplicación, en este caso el ENI, ENS y resto de Normas Técnicas de Interoperabilidad específicas vigentes.

En aras a la aplicación correcta de la política de gestión documental, deben tenerse en cuenta dos aspectos: (i) que a partir de ahora los documentos serán preferentemente (incluso preceptivamente debería decirse) electrónicos, por lo que su gestión requerirá de procesos igualmente electrónicos -en particular de un software adecuado- y (ii) que los documentos pasan por varias fases: activa, semiactiva y de conservación, por lo que deberán distinguirse dos momentos o estados distintos de los documentos gestionados.

El primero de ellos, cuando el documento todavía no ha alcanzado su estado definitivo, por lo que es susceptible de modificación, de ser compartido con otros usuarios, versionado, etc.; y, el segundo de ellos, cuando los documentos han alcanzado su forma definitiva, se han integrado en sus respectivos expedientes o administrativos y se les han aplicado medidas de aseguramiento de su autenticidad e integridad (inalterabilidad).

Durante el primer estadio se utilizará el software de gestión documental usual o un Sistema de Gestión de Documentos Electrónicos (SGDE) orientado al control, almacenamiento y gestión de los documentos pertenecientes a los archivos de uso diario o activos, mientras que en el segundo deberá emplearse un Sistema

---

<sup>505</sup> Definición contenida en el Anexo del ENI, en el que se explica que se trata de “información estructurada o semiestructurada que hace posible la creación, gestión y uso de documentos a lo largo del tiempo en el contexto de su creación [...] y sirven para identificar, autenticar y contextualizar documentos, y del mismo modo a las personas, los procesos y los sistemas que los crean, gestionan, mantienen y utilizan”.

de Gestión de Documentos Electrónicos de Archivo (SGDEA), cuya principal finalidad es garantizar su correcta conservación e inalterabilidad. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el apartado V.3 NTIDE establece que “cada órgano de la Administración y Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de aquélla implementará en su propio ámbito de actuación los metadatos de los documentos electrónicos para su tratamiento y gestión a nivel interno. Además, garantizará la disponibilidad e integridad de los metadatos de sus documentos electrónicos, manteniendo de manera permanente las relaciones entre el documento y sus metadatos”, por lo que su establecimiento y constante revisión son preceptivas.

- Tipo de firma: especifica la tipología de firma, que puede ser de Código Seguro de Verificación<sup>506</sup> (CSV), caso en el que habrán de incluirse dos metadatos adicionales denominados “Valor CSV” y “Definición generación valor CSV” (se trata de hacer referencia a la Orden, Resolución o documento que define la creación del CSV correspondiente por parte de la Administración de que se trate); o con certificado electrónico (intervención de un tercero prestador de servicios de confianza, en este caso de identificación y firma electrónicas), caso en el que deberá estarse, adicionalmente, a lo previsto en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Certificados de la Administración.
- Identificación de documento origen: en caso de tratarse de una copia, se debe incluir también el identificador normalizado del documento origen al que corresponde la misma.

En relación con la vocación de permanencia de los metadatos, debe tenerse en cuenta que el apartado V.1 NTIDE establece que no podrán modificarse en ninguna fase posterior del procedimiento administrativo, salvo para la corrección de errores u omisiones en el valor inicialmente asignado y únicamente en lo estrictamente necesario

---

<sup>506</sup> El Código Seguro de Verificación o CSV es un código alfanumérico incorporado al documento electrónico que permite comprobar la autenticidad e integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente del órgano generador de dicho código. De esta forma, gracias a la existencia de una base de datos del creador del documento (el cual deberá poseer por tanto un sistema seguro de custodia digital), podrá obtenerse el mismo documento o una copia auténtica del mismo simplemente introduciendo dicho código en el lugar habilitado para ello y descargándolo. Al descargar el documento original o copia auténtica del mismo, éste llevará incorporada la firma o sello electrónicos tal y como originalmente se aplicase al documento electrónico.

para dicha finalidad -apartado c)- puesto que, además, los metadatos deberán mantenerse en cualquier proceso de intercambio de documentos electrónicos entre órganos de la Administración y Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de aquélla y el ciudadano -apartado b)-.

En este sentido, entre las irregularidades en que puede incurrir el documento o acto administrativo electrónico se encontraría haber modificado los metadatos mínimos obligatorios posteriormente a su creación, lo cual se encuentra proscrito por el apartado V.1.c) de la NTI de Documento Electrónico, con la excepción de aquellas modificaciones necesarias para la corrección de errores u omisiones de lo inicialmente establecido, de lo cual así mismo debería dejarse constancia electrónica suficiente para garantizar la integridad.

Y es que debe tenerse en cuenta que, conforme al apartado VIII NTIDE, en relación con el acceso a los documentos electrónicos, cuando las Administraciones Públicas faciliten el acceso a los documentos electrónicos a través de sus sedes electrónicas u otros canales de comunicación se deberá mostrar la descripción y valor de los metadatos mínimos obligatorios (apartado c).

Debe tenerse en cuenta que, además de estos metadatos mínimos obligatorios, podrán asignarse otros complementarios<sup>507</sup> para atender a necesidades de descripción específicas de cada organización que, por exigencia del apartado V.2 NTIDE, deberán aplicarse conforme se establece en la Resolución de 28 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Gestión de Documentos Electrónicos (NTIPGDE).

---

<sup>507</sup> La 2ª edición (2016) de la Política de Gestión Documental elaborada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (disponible en la dirección web: <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/POLITICA%20DE%20GESTION%20DE%20DOCUMENTOS%20MINHAP/politica%20de%20gestion%20de%20documentos%20electronicos%20MINHAP.pdf>, última consulta efectuada el 12/10/2018) ha concebido un nuevo tipo de metadato que ha venido a denominar “metadatos complementarios mínimos necesarios” que, sin ser obligatorios son, a juicio del organismo en cuestión, necesarios para una correcta transferencia de documentos y expedientes electrónicos, entre repositorios con cambio de custodia. A efectos de su intercambio con otros sistemas de información administrativa (téngase en cuenta que, al intercambiarse documentos, también se intercambiarán en la práctica, necesariamente, sus metadatos asociados, se prevé por la “Guía de aplicación de la NTIDE” que, a tal efecto, dado que el esquema XML de intercambio de documentos electrónicos previsto en el ENI sólo prevé la inclusión de los metadatos mínimos obligatorios, para el intercambio de los complementarios creados por necesidades específicas puede implementarse a través de mecanismos establecidos ad hoc siempre que sean compatibles con las especificaciones del citado esquema, como por ejemplo sería si acompañaran al fichero de contenido en una estructura XML o se integrasen en una estructura XML que contuviese el XSD de documentos previsto por el ENI.

La necesaria interoperabilidad a que hace referencia la normativa jurídico-administrativa actual con carácter general obedece al nuevo escenario electrónico en que se asienta la actividad administrativa tras la entrada en vigor de la LPAC y LRJSP. Así, el artículo 3.2 LRJSP dispone que “las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas...”.

A tal fin, la NTIDE establece los componentes de todo documento electrónico, incluyendo contenido, firma electrónica, metadatos mínimos obligatorios, formato y las condiciones para su intercambio y reproducción; por su parte, los aspectos relativos a la gestión y conservación de los documentos electrónicos se regulan por la NTIPGDE, siendo la conjunción de todos los elementos el verdadero resultado de una gestión documental correcta.

En ambas fases de la vida del documento (tanto en su producción como en su gestión y conservación) los metadatos juegan un papel fundamental, ya que de ellos depende en gran medida una correcta interoperabilidad entre aplicaciones y sistemas, indispensable para el necesario intercambio de información, en soporte electrónico, entre Administraciones Públicas.

Esta ingente cantidad de requisitos de carácter técnico en la gestión documental ha propiciado que incluso algunos autores, como GONZÁLEZ GARCÍA<sup>508</sup> y BOCANEGRA REQUENA<sup>509</sup>, hayan defendido la creación de una nueva figura que han denominado “interventor documental”.

Como afirma VALCÁRCEL FERNÁNDEZ<sup>510</sup>, los metadatos están íntimamente relacionados con la identificación y conservación de los documentos administrativos, pues la recuperación y mantenimiento de la estructura, el contenido y el contexto (procedimiento al que se incorporó, entre otros), exige contar con información complementaria que relacione el contenido con el soporte y la estructura física con la lógica, y es por ello que la Decisión 2004/563, de la Comisión Europea, de 7 de julio de

---

<sup>508</sup> Figura cuya creación propone en su obra GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003

<sup>509</sup> BOCANEGRA REQUENA, J.M. y BOCANEGRA GIL, B.: *La administración electrónica en España. Implantación y régimen jurídico*, Ed. Atelier, 2011, p. 316

<sup>510</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Documentos y archivos...”, *op. cit.*, p. 565

2004, por la que se modifica su Reglamento interno, define los metadatos en su artículo 3.8) como “los datos que describen el contexto, el contenido y la estructura de los documentos, así como su gestión a largo plazo”.

Por tanto, la ausencia o defecto en la incorporación de alguno de los metadatos al documento electrónico puede tener importantes consecuencias prácticas, no sólo a corto sino también y, especialmente, a largo plazo. No obstante, las consecuencias, en principio, operarán fundamentalmente en el plano interno de la propia Administración, dado que se trata de elementos inherentes a su propia organización y funcionamiento interno.

En consecuencia, como puede aventurarse, la ausencia de alguno de los metadatos tendrá graves efectos en la gestión documental de la Administración originadora del acto, así como en aquellas que requieran el documento para cualquier actuación coetánea o posterior, pero no provocará, en principio, efectos *ad extra* en relación de los ciudadanos, a quienes, en principio, no afectará dicha omisión o errática incorporación.

Dada la escasa relevancia de su error u omisión, aparte de las evidentes consecuencias prácticas negativas en la gestión documental, y la ausencia de efectos negativos para terceros de tales errores u omisiones más allá de las citadas disfunciones internas a nivel administrativo o funcional, debe concluirse que tales vicios deberán calificarse como meras irregularidades o errores subsanables, que no originan un documento defectuoso o acto inválido, por lo que éstos seguirán siendo perfectos o válidos, respectivamente, pudiendo efectuarse su subsanación en cualquier momento para eliminar tales errores. Igualmente procedería calificar la ruptura de la cadena de metadatos en servicios de aplicación de firma electrónica (como Port@firmas), esto es, de mera irregularidad, salvo que de dicha ruptura se derive una vulneración de la integridad del documento, caso en que procedería calificarlo de anulable (o defectuoso, en el caso del documento). En cuanto a la subsanación anteriormente referida, debe tenerse en cuenta que el artículo 42.5 RLAE establece una prohibición de modificación ulterior de los metadatos: “una vez asociados los metadatos a un documento electrónico, no podrán ser modificados en ninguna fase posterior del procedimiento administrativo”, salvo en dos supuestos excepcionales:

- a) La existencia de errores u omisiones



- b) Cuando, por la propia naturaleza de los metadatos, éstos sean actualizables, conforme a lo dispuesto en el ENI al respecto

En consecuencia, una modificación de los metadatos contraviniendo dicho precepto originaría un vicio en el documento o acto administrativo, en el sentido anteriormente expuesto con carácter general, si bien permite la subsanación de errores u omisiones.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que la mayoría de los metadatos deben ser incorporados al documento en el momento o punto de captura: órgano, fecha de captura, origen, estado de elaboración, formato, tipo de firma y origen de la copia (en su caso); mientras que otros (escasos) como el identificador o el tipo documental pueden incorporarse posteriormente. Dicho punto de captura debe diferenciarse del registro administrativo de documentos e incluso de la fecha de entrada en el sistema de gestión documental, puesto que: (i) la digitalización del documento es un primer paso en la captura del mismo; (ii) no todo documento capturado pasa por el registro administrativo, pues dependerá de la finalidad del mismo; y (iii) la fecha de captura coincidirá normalmente con la inclusión del documento electrónico en el sistema de gestión documental, pudiendo haber sido capturado (digitalizado) realmente en otro momento. Por todo ello, el órgano que consta en el metadato correspondiente es el que captura e incorpora el documento en el sistema de gestión documental (no el que digitaliza o registra), por lo que será el que deba otorgarle las garantías técnicas necesarias para proporcionar seguridad jurídica al mismo durante su conservación; por tanto, la ausencia de identificación del órgano responsable a efectos documentales puede originar su invalidez en caso de omisión.

No obstante, puede apreciarse que las excepciones recogidas en el RLAE son lo suficientemente amplias interpretativamente como para poder ubicar en las mismas, incluso de forma indebidamente excesiva, casi cualquier supuesto que casuísticamente se pueda dar, ya que cualquier error u omisión podría motivar la modificación de los metadatos, e incluso si el ENI lo dispone algunos datos, por el mero hecho de ser actualizables en virtud de dicha norma técnica, serían modificables, lo cual hace que la inmutabilidad inicialmente predicable de los metadatos asociados al documento electrónico quede en la práctica en entredicho.

## **7. La referencia temporal del documento y consecuencias de su incorrección o ausencia; posible contaminación del defecto del documento al plano de la validez del acto administrativo como tipo específico documental**

Los documentos y actos administrativos generados en soporte electrónico por las Administraciones Públicas se enfrentan en la actualidad no sólo a exigencias dirigidas a garantizar su autoría, su integridad o su autenticidad, sino que además deben servir como elemento probatorio de su existencia y contenido, por su propia naturaleza.

Así, por ejemplo, deben dar soporte a un eventual proceso contencioso-administrativo en caso de que el administrado decida recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En dicha encrucijada, que se extiende prácticamente a la totalidad de supuestos posibles al tratarse de una eventualidad futura que *a priori* se desconoce, no resulta suficiente con incorporar al documento o acto una firma o sello electrónicos, sino que se torna imprescindible la incorporación adicional de un sello electrónico de tiempo, a pesar de que el artículo 26.2 LPAC únicamente exija a los documentos (y, por ende, a los actos) administrativos electrónicos una mera referencia temporal.

En esta misma dirección apunta ALAMILLO DOMINGO<sup>511</sup>, al afirmar que una firma o sello electrónicos de cualquier tipología pueden ser válidos, pero no idóneos si se aplican única y exclusivamente, al no poder imputar todos los elementos de producción de un acto a una persona física o jurídica, ejemplificándolo con el documento electrónico, cuya existencia cierta únicamente es posible probar mediante la aplicación de un sello de tiempo criptográfico<sup>512</sup>.

El sello electrónico de tiempo es un servicio de confianza distinto de la firma electrónica cuya finalidad es servir como prueba de que un documento ha sido producido en un determinado momento. Así, como ya se apuntó anteriormente, el artículo 2 del ReIDAS define al sello electrónico de tiempo como aquellos datos en formato electrónico que

---

<sup>511</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: “Identidad y firma...”, *op. cit.*, p. 731

<sup>512</sup> Téngase en cuenta que a pesar de ser la criptografía la tecnología o método más extendido en la actualidad para garantizar un mínimo de seguridad, no resulta infalible, pues es remotamente posible descifrar el código o clave privada utilizando los mismos métodos matemáticos que se emplean para su creación, motivo por el cual ya están surgiendo nuevas fórmulas para minimizar cada vez más dicho riesgo, como los novedosos sistemas de firma electrónica cuántica, que utilizan como base la física cuántica para ello. En estos sistemas se encuentra el futuro de la firma electrónica, sin lugar a duda, sin perjuicio de que surjan otros, conforme evolucione el estado de la ciencia y la técnica.

vinculan otros datos en el mismo formato con un instante concreto, aportando la prueba de que estos últimos datos existían en ese instante temporal, gozando por tanto de una presunción *iuris tantum* de exactitud de la fecha y hora que indican y de la integridad de los datos a los que están vinculados.

Lo cierto es que, de forma poco ortodoxa, al regularse los requisitos de los documentos administrativos electrónicos, el artículo 26.2 LPAC no ha exigido la inclusión de sello de tiempo, sino de una mera referencia temporal, lo cual es, al fin y al cabo, únicamente la mención escrita de un momento temporal determinado que puede introducir el autor del documento o acto a través de una “marca de tiempo” e incluso manualmente, atendiendo a una interpretación literal de la Ley. Sin intención de poner en duda la pulcritud y seriedad del personal al servicio de las Administraciones Públicas, lo cierto es que, jurídicamente, en el documento o acto administrativo electrónico, una referencia temporal, a no ser que vaya acompañada de cierta tecnología que acredite su veracidad, no tiene valor probatorio alguno, más allá de la presunción de validez (que se predica de los actos y podría extenderse a los documentos administrativos) de que goza como prerrogativa legalmente conferida a la Administración y que admite, en todo caso, prueba en contrario.

Así, la actualmente vigente LPAC, al estilo de la anteriormente vigente LAE, exige, entre los requisitos esenciales, la necesidad de incluir en los documentos administrativos dictados en soporte electrónico una referencia temporal del momento en que han sido generados. No obstante, la redacción anterior fue, a mi entender, más acertada, pues se establecía (artículo 29.2 LAE) que, cuando la naturaleza del documento así lo requiriese, dicha referencia temporal se garantizaría a través de medios electrónicos, previsión que, en el caso de la LPAC, no se ha incluido<sup>513</sup> y que, en la práctica, exigía la inclusión de certificados de sello electrónico de tiempo en la mayoría de los casos, lo cual resulta evidentemente adecuado y necesario, sin perjuicio de que las distintas Administraciones Públicas no siempre lo llevasen a efecto de forma adecuada.

Esta omisión tiene importantes consecuencias que pueden llegar a ser graves en aquellos supuestos en que sea crucial la función probatoria que cumplen los

---

<sup>513</sup> Puede comprobarse además que la propia Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración recoge el sellado electrónico de tiempo como datos meramente opcionales de la firma o sello electrónico en su apartado III.6.4.d).

documentos administrativos, especialmente los documentos públicos administrativos, dotados de un especial valor conforme a lo dispuesto por el artículo 319.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante), al ser éstos, *ex* artículo 317.5 y 6 LEC, expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe pública en ejercicio de sus funciones, cuestión que ha sido ampliamente tratada, entre otros, por BARRERO RODRÍGUEZ<sup>514</sup>, quien advierte y pone de manifiesto la disparidad existente en el reconocimiento de valor probatorio privilegiado a los documentos públicos administrativos conforme al primer precepto legal citado y la variabilidad en dicha apreciación por parte de la jurisprudencia, por lo que la ausencia de una mejora regulatoria del trámite de pruebas o de su práctica en la LPAC es un aspecto nuevamente más que criticable. Igualmente, la autora<sup>515</sup> pone de manifiesto que la preferente posición que goza la prueba documental en Derecho Administrativo no ha ido acompañada históricamente de una definición de documento a efectos procedimentales ni de un régimen jurídico adecuadamente definido.

La obligación de incluir únicamente una referencia temporal en el documento administrativo electrónico merece una crítica abierta y directa a la decisión del legislador. Para determinar las modalidades de referencia temporal reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo debe acudirse al artículo 47 RLAE<sup>516</sup>, el cual dispone (si bien únicamente para el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes o vinculados) las siguientes:

- a) La “marca de tiempo”, entendida como la asignación por medios electrónicos de la fecha y, en su caso, la hora a un documento electrónico, que se establece como regla general para todos los supuestos en que las normas reguladoras específicas del procedimiento de que se trate no establezcan la utilización de un sello de tiempo.
- b) El “sello de tiempo” o *time stamping*, en el que la asignación por medios electrónicos de la fecha y hora a un documento electrónico viene garantizada por la intervención de un prestador de servicios de certificación que asegura la

---

<sup>514</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “Las pruebas...”, *op. cit.*, pp. 1683 y ss., en especial pp. 1706 y ss.

<sup>515</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Ed. Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 315-316

<sup>516</sup> Vigente en tanto en cuanto la Disposición Derogatoria Única de la LPAC no lo ha derogado ni regulado expresamente.

exactitud e integridad de la marca de tiempo del documento pues se trata, en definitiva, de un certificado electrónico de tiempo.

Teniendo en cuenta ambas posibilidades, la referencia temporal del documento podría ser la simple inclusión por el autor del acto de la fecha y hora establecida en el equipo informático que utiliza al momento en el que elabora el documento (normalmente de forma automática, pero téngase en cuenta la posibilidad de modificar manualmente dicha fecha y hora por el propio usuario del sistema operativo o incluso del servidor<sup>517</sup> –aunque con mayores requerimientos de conocimientos técnicos en este caso- de la Administración), pero no garantiza técnica ni, por tanto, jurídicamente, que realmente sea la fecha correcta o real en la que el mismo ha sido generado. Por tanto, no es garantía alguna a efectos probatorios, correspondiéndose con una mera “marca de tiempo”.

Por el contrario, un sello o certificado electrónico de tiempo es, conforme con la definición contenida en el artículo 3, apartado 33 del ReIDAS, aquellos “datos en formato electrónico que vinculan otros datos en formato electrónico con un instante concreto, aportando la prueba de que estos últimos datos existían en ese instante”, pudiendo además ser cualificado si, conforme al apartado 34, cumple los requisitos del artículo 42 del citado Reglamento.

Por tanto, un sello de tiempo electrónico es la única solución tecnológica que garantiza el momento temporal de emisión del documento y su integridad, por lo que su ausencia entre los requisitos exigidos al documento administrativo electrónico por la LPAC es absolutamente inadmisibles.

La necesidad de incorporar una firma electrónica al documento administrativo no suple dicha carencia, dado que el artículo 3.10) del Reglamento (UE) 910/2014, al definirla, establece que se trata de “datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar”, sin hacer por tanto referencia al momento en que se firmó, por lo que a efectos

---

<sup>517</sup> Entiéndase el término “servidor” (*server*) como propio de la ciencia informática, erigiéndose en un tipo de *software* que permite atender las peticiones de un cliente (usuario de un equipo informático cualquiera incluido en la red) y es capaz de devolver una respuesta adecuada (por ejemplo, si el cliente solicita al servidor que incorpore a un documento la fecha y hora, el *software* devolverá al mismo los datos que le consten en su sistema como reales y válidos, los cuales, salvo en caso de estar garantizados por tener dicho servidor un certificado electrónico incorporado, lo cual en la práctica no ocurre siempre, pueden ser manipulados manualmente con cierta facilidad si se tienen los conocimientos técnicos necesarios.

probatorios en un eventual proceso contencioso-administrativo tendría la Administración que hacer uso de otros indicios para acreditar que la fecha que consta en el documento es esa, si se discute por la parte procesal contraria.

Es por ello que resulta imprescindible la inclusión del sellado electrónico de tiempo en los documentos y actos administrativos producidos por las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta además que ello no sustituiría a la firma o sello electrónico ya examinados en el apartado anterior, sino que los complementaría, de forma que se tenga prueba certera de la existencia en un momento determinado de los mismos con un contenido definido que no ha variado en el tiempo desde que se firmó, para garantizar así debidamente su perfección o validez, según el caso. Al menos, debería exigirse a los actos administrativos, en todo caso, y a los documentos más relevantes, al menos, generados por las Administraciones Públicas.

Debe tenerse en cuenta al respecto, como ya se adelantaba anteriormente, que, para ello, no sería suficiente la incorporación de una referencia temporal procedente del servidor informático<sup>518</sup>, como efectúan muchas Administraciones Públicas hoy día, puesto que en tal caso se imposibilitaría la comprobación ulterior; incluso en el caso en que dicho servidor tenga respaldo en un prestador de servicios de confianza que garanticen la fecha y hora, no estaría investido el acto de todas las garantías necesarias y su utilización como medio de prueba podría ser posteriormente desvirtuada en el seno de un eventual proceso contencioso-administrativo.

La solución práctica actualmente, en este último caso, pasaría por la utilización de una firma electrónica (lo cual sí ha sido exigido en el artículo 26.2 LPAC) emitida por un prestador de servicios de certificación que tenga también la condición de autoridad de sellado de tiempo (TSA<sup>519</sup>, por sus siglas en inglés, aunque también se la denomina autoridad de fechado digital), como ostenta actualmente la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT)<sup>520</sup> y se incorpore al mismo tiempo el certificado de sellado de tiempo

---

<sup>518</sup> Téngase en cuenta que no se hace referencia a un certificado electrónico de servidor (también llamada firma desatendida por no requerir intervención del usuario, al encontrarse el certificado en un repositorio basado en software o en uno alojado en un módulo hardware de seguridad, contrapuesta a la también denominada firma atendida o cliente, que es llevada a cabo por el propio usuario, en su dispositivo), cuya finalidad es el establecimiento de medidas de seguridad o cifrado de las comunicaciones que a través del mismo se efectúan, sino a la hora que en el mismo consta, que podría ser certificada.

<sup>519</sup> *Time Stamping Authority*

<sup>520</sup> El Real Observatorio de la Armada tiene como misión el mantenimiento de la unidad básica de tiempo, declarado en virtud del Real Decreto 1308/1992, de 23 octubre, como Patrón Nacional de dicha unidad,

junto con el de firma, como permiten algunos prestadores de servicios de confianza, posibilidad que ya fue apuntada por SANZ LARRUGA<sup>521</sup>. Sin embargo, la NTPFSECA establece, en su apartado III.7.4.a) *in fine*, al tratar la validación de la firma electrónica, que en caso de no existir sellado de tiempo, la fecha y la hora de la firma tendrán carácter indicativo, pero no se utilizará para determinar el momento en que se realizó la firma, por lo que no sería válido a efectos probatorios y, en consecuencia, la mera temporalidad de la firma no sería suficiente, debiéndose adicionar en cualquier caso un sello electrónico de tiempo, específicamente diseñado para tal fin, siempre que la naturaleza del acto o documento así lo requiera.

Resulta incuestionable, por tanto, que con la actual redacción del artículo 26 LPAC existe libertad en la elección del sistema de firma electrónica a incorporar en el documento administrativo electrónico por parte de las Administraciones Públicas (teniendo en cuenta las previsiones de la LRJSP<sup>522</sup>), sin que sea en principio necesaria la incorporación obligatoria del sellado de tiempo, por lo que, en caso de que la Administración haga uso de su libre discrecionalidad en el uso de firma electrónica y escoja una cualquiera que no goce de la garantía adicional que la autoridad de certificación temporal aporta, estaría cumpliendo la exigencia legal con sólo incorporar una mera referencia temporal en el documento (que podría ser, por ejemplo, una mera marca de tiempo, como se apuntó anteriormente), pero sin que ello sea prueba suficiente de que dicho documento ha sido emitido en la fecha a que dicha referencia temporal se refiere.

---

con competencias en el mantenimiento y difusión oficial de la escala de “Tiempo Universal Coordinado” (UTC). La entidad pública empresarial Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM o simplemente FNMT) tiene un convenio suscrito con el Real Observatorio de la Armada (ROA) a efectos de ostentar la certificación que la avala como Autoridad de Sellado de Tiempo, gracias a la sincronización temporal que se realiza por aquél a efectos de control y certificación horaria siendo, a efectos del Reglamento 910/2014, un servicio cualificado de sellado de tiempo. A tal efecto, la fuente de tiempo utilizada se basa en el sistema de sincronismo del ROA instalado en el Centro de Procesamiento de Datos (CPD) de la FNMT, cuyo objetivo es proporcionar una fuente de referencia temporal trazable en formato UTC.

<sup>521</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Documentos y archivos electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de...*, op. cit., p. 709

<sup>522</sup> En la LRJSP, de conformidad con el Reglamento 910/2014, se distinguen los sistemas de identificación electrónica de las Administraciones Públicas (mediante sello electrónico regulado en el artículo 40) de los sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada (bien mediante sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado, bien mediante código seguro de verificación ex artículo 42) y, por último, de los sistemas de firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas (según el artículo 43, del titular del órgano o empleado público).

Por tanto, aunque un documento haya sido emitido conteniendo una simple referencia temporal (sin certificado o sello de tiempo electrónico) sería, en principio, acorde con la LPAC y, por ende, perfecto (o, en caso de tratarse de un acto administrativo, válido) a estos efectos, no obstante, a efectos de un eventual proceso contencioso-administrativo podría verse mermada la capacidad de convicción por parte de la Administración respecto al momento de su generación, debiendo complementarse con otras pruebas y siendo así mismo fácilmente destruible la presunción *iuris tantum* de validez del acto o documento mediante prueba en contrario; mientras que, de haberse exigido un sellado electrónico documental de tiempo, este aspecto estaría garantizado por el prestador de servicios de confianza cuya intervención, como entidad certificadora competente, sería prueba suficiente del momento en que se ha generado el documento o dictado el acto, así como de su integridad y autenticidad, al estar también firmado electrónicamente.

En la práctica, ello pasa por añadir un sello electrónico de tiempo a la firma electrónica incorporada al acto administrativo, lo cual es posible por ejemplo con los sistemas desarrollados por la Administración General del Estado *@firma*, cuyo empleo exige tecnología Java®, o *AutoFirma*, sin ser necesario en este caso su utilización.

De la importancia de la incorporación de sello de tiempo electrónico es consciente también la Administración General del Estado, la cual ha aprobado la Resolución de 14 de julio de 2017, de la Secretaría General de Administración Digital, por la que se establecen las condiciones de uso de firma electrónica no criptográfica, en las relaciones de los interesados con los órganos administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Esta norma de naturaleza reglamentaria prevé la inclusión, por parte de las Administraciones Públicas pertenecientes a la Administración central y sus organismos públicos, como garantía de la integridad de los datos y documentos firmados por los interesados, de un sello electrónico de tiempo basado en un certificado cualificado y emitido por un prestador de este tipo de servicios de confianza debidamente supervisado, junto con la firma o sello electrónicos del órgano que corresponda, a efectos de garantizar el momento en que el documento quedó firmado o sellado electrónicamente, e incorporándose en el sistema de información asociado al procedimiento electrónico que corresponda. Tales previsiones están orientadas a la conservación de evidencias de documentos, escritos y solicitudes presentadas y firmadas por los interesados en el procedimiento administrativo, pero



deberían ser así mismo tenidas en cuenta con carácter bidireccional, es decir, no sólo en el canal “interesado *versus* Administración”, sino también en los documentos y actos producidos por las Administraciones Públicas en general en el canal “Administración *versus* interesado”, por lo que la necesidad de sellado de tiempo queda indubitadamente confirmada en ambos canales, esto es, bidireccionalmente.

Por tanto, con la actual regulación, si bien es cierto que un acto o documento administrativo firmado electrónicamente, pero sin sello electrónico de tiempo, cumpliría con los requisitos establecidos por el artículo 26 LPAC, no lo es menos que en realidad debería exigirse preceptivamente el certificado electrónico temporal.

Sin embargo, en actos que requieren constancia fehaciente de la fecha, por tratarse de actuaciones en las que el tiempo sea determinante, la ausencia de sello electrónico de tiempo daría lugar a su invalidez, al no poderse acreditar que se dictó dentro del plazo exigido para dicha actuación, concretamente anulable conforme al artículo 48.3 LPAC si así lo impone la naturaleza del término o plazo, toda vez que el documento cumple ciertas garantías con la incorporación de la firma electrónica y, por tanto, es únicamente la exactitud de la fecha y hora de su generación el dato que no se encuentra totalmente garantizado a efectos de comprobar que ha sido dictado en el plazo legalmente establecido para dicha actuación. En este supuesto lo que debe permitirse es un plazo adecuado a las personas interesadas en el procedimiento administrativo en que dicho documento haya sido incorporado en aras a su posible impugnación, transcurrido el cual no procedería y el acto quedaría subsanado por el transcurso del tiempo sin haberse accionado contra él.

Afirmada la necesidad y procedencia de incluir el sellado electrónico de tiempo en los actos administrativos dictados por las Administraciones Públicas, procede examinar las consecuencias que se podrían derivar de una ausencia de este en los actos administrativos producidos por aquéllas.

Si se ha afirmado que la finalidad de la incorporación del sellado electrónico de tiempo es la de probar la existencia o producción de un acto en un determinado momento, su ausencia implicaría que podría dictarse un acto administrativo en un momento posterior a su teórica producción y afirmarse que el mismo existía con anterioridad, simplemente en base a una referencia temporal que ninguna base tecnológico-probatoria ostentaría, detalle que ha pasado totalmente inadvertido para el legislador, al incluir como único

requisito de los documentos administrativos electrónicos (entre los cuales se encuentra evidentemente el acto administrativo), y para todos los supuestos que en la práctica se pudiesen dar, de una mera referencia temporal, en lugar del debido sello electrónico de tiempo, y lo que es aún más grave, sin preverlo tampoco preceptivamente para los actos administrativos como tipo específico documental.

Por tanto, la gravedad de su ausencia en el soporte electrónico es elevada, al no existir prueba que acredite la propia existencia del acto administrativo dictado. En este punto podría resurgir la discusión que antaño existía en torno al reconocimiento de la inexistencia como categoría jurídica, cuestión que fue tratada con anterioridad<sup>523</sup>, o como estadio previo en que podría encontrarse un *pseudo*-acto administrativo<sup>524</sup>. No obstante, entiendo que, en este caso, el acto administrativo realmente existe y podrá desplegar sus efectos conforme a las reglas generales que rigen en esta materia, esto es, el acto será eficaz desde la fecha en que se dicte *ex* artículo 39.1 LPAC, salvo que en el acto se disponga otra cosa o, conforme con el artículo 39.2 LPAC, la eficacia esté supeditada a su publicación, notificación (la mayoría de los casos en la práctica) o aprobación superior, sin perjuicio de los supuestos de eficacia retroactiva que reconoce el artículo 39.3 LPAC; por tanto, será únicamente en caso de discutirse su temporalidad en un momento determinado cuando surgirán los conflictos por imposibilidad de acreditarlo por parte de la Administración, tratándose de una mera irregularidad no invalidante a subsanar.

Todo ello, a pesar de la posición mantenida en este punto, basada en la necesidad de incorporar en la legislación vigente el sellado electrónico de tiempo como requisito preceptivo para los actos administrativos dictados en soporte electrónico, así como para determinados documentos administrativos en dicho soporte cuando su relevancia así lo exija, para cuya determinación se atenderá tanto al tipo documental concreto de que se trate, como al trámite procedimental en el que se incorpora y a la naturaleza del propio procedimiento administrativo. De verificarse dicha premisa, su ausencia daría lugar a la

---

<sup>523</sup> *Vid.* Capítulo I, apartado 3

<sup>524</sup> Se añade al acto el calificativo de “*pseudo*”, palabra de origen griego cuya acepción es “ser supuesto o falso”, porque si se discute la propia existencia del acto no tendría sentido de hablar, previamente a establecer conclusiones, propiamente de acto administrativo, ya que ello ya estaría afirmando su existencia y vaciaría de sentido y contenido la discusión.

generación de un documento defectuoso, en el primer caso, y un acto administrativo inválido, en el segundo, cuya calificación debe ser de anulabilidad.

Mientras tanto, del tenor literal de la Ley no se puede desprender tal exigencia, por lo que la problemática se reduce en la actualidad a cuestiones probatorias a solucionar en el seno del proceso contencioso-administrativo que, eventualmente, se ventile en relación con un acto administrativo concreto que haya sido objeto de impugnación o un documento cuya perfección se discuta.

Sin embargo, en favor de la Administración pueden concurrir determinados elementos probatorios que robustezcan su posición a efectos acreditativos de la temporalidad. Así, por ejemplo, si el acto se notificó posteriormente por medios de constancia fehaciente, o se depositó en una plataforma de notificación que disponga de sellado de tiempo, la existencia del acto será indubitada a partir del momento de su ingreso en la plataforma puesto que, en estos supuestos, se aplica el correspondiente sellado electrónico de tiempo cuando tiene lugar la entrada del documento o acto en la misma.

Por supuesto, la posibilidad de emplear meras referencias temporales como la “marca de tiempo”, que suele llevarse a cabo a través de la inclusión de la hora oficial que consta en los servidores de la Administración, podría mantenerse para aquellos documentos que, por su propia naturaleza o por ser meramente de trámite, no requieran de una fehaciencia temporal tan garantista como el sellado electrónico de tiempo, pero no debería ser una potestad tal que permita su empleo, como se encuentra regulado en la actualidad, de forma generalizada, sin distinción, so pena de generar actos y documentos administrativos cuya presunción de validez sea fácilmente atacable.

Debe mencionarse, por último, que el artículo 37 PRDLPAC-RJSP, a pesar de no tratarse aun de una norma en vigor, establece que los documentos administrativos electrónicos deberán llevar asociados una modalidad de referencia temporal, que podrá ser la marca de tiempo o un sello electrónico cualificado de tiempo, si bien deja a la normativa que resulte de aplicación al procedimiento administrativo concreto de que se trate la determinación de este aspecto, lo cual resulta criticable, pues al menos podría exigirse que los actos administrativos finalizadores de procedimientos administrativos lleven necesariamente el sello electrónico cualificado de tiempo, dada su relevancia.

## CAPÍTULO VI: VALIDEZ DE LAS COPIAS REALIZADAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### 1. Concepto de copia documental

El copiado de documentos ha sido históricamente uno de los principales avances de la sociedad, desde el copiado manual que comenzó en la Edad Media de la mano de monjes en los monasterios, donde se copiaban a mano manuscritos, hasta la primera fotocopiadora patentada en 1938 por el norteamericano Chester Carlson, cuya evolución siguió hasta finales del siglo XX con la fotocopiadora de alta calidad en color y continúa en la actualidad alcanzando límites hasta ahora insospechables con la copiadora o impresora en tres dimensiones (3D), la cual es capaz de reproducir objetos que superan ya el sistema cartesiano de abscisas y ordenadas (X e Y) para incorporar una nueva dimensión al ámbito espacial de la impresión (Z), por lo que puede apreciarse el gran avance que han supuesto las nuevas tecnologías también en materia de realización de copias, no sólo en el ámbito de las Administraciones Públicas, aunque en éste adquiere especial relevancia, dadas las implicaciones que conlleva.

Puede definirse la copia<sup>525</sup> como un “nuevo documento, reproducción del original, y con diferentes grados de perfección, en relación con su finalidad y con su aproximación al original”. Debe distinguirse la copia del “borrador”, que sería cualquiera de “las diferentes versiones previas a la versión definitiva”, y evidentemente del “original”, que sería el “documento definitivo, genuino, que se remonta a su autor y que ha sido validado por éste”, todos ellos conceptos que preceden temporalmente a la copia *stricto sensu*.

En el ámbito del Derecho Administrativo, el concepto de copia documental se erige en aspecto fundamental en la gestión documental de las Administraciones Públicas. Es por ello por lo que ya en la derogada LRJPAC se regulaba en el artículo 46<sup>526</sup>, así como en la

---

<sup>525</sup> Definición contenida en VV.AA.: *Guía de aplicación de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2ª ed., Madrid, 2016, p. 13

<sup>526</sup> Dicho precepto establecía que “1. Cada Administración Pública determinará reglamentariamente los órganos que tengan atribuidas las competencias de expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados.

LAE en su artículo 30<sup>527</sup>, sin perjuicio de la regulación que se contenía también en el RLAE, algunos de cuyos preceptos continúan vigentes en la actualidad<sup>528</sup>.

Como ha tenido ocasión de afirmar en la doctrina alemana ROßNAGEL, FISCHER-DIESKAU y WILKE<sup>529</sup>, la transformación del documento es el origen en ocasiones de problemas o incidencias, y distinguen tres formas de transformación documental: de un formato electrónico a otro (por ejemplo, de Word® a PDF®) que los autores denominan “E-to-E”; de un formato papel a uno electrónico gracias a las técnicas de escaneo (“P-to-E”); y, finalmente, de un formato electrónico a una copia impresa del mismo (“E-to-P”). Para estos autores, toda transformación conlleva ciertos riesgos, y precisamente tales riesgos y su verificación será lo que proceda examinar en el presente Capítulo puesto que, toda copia, conlleva la transformación del documento original en otro.

---

2. Las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que éstos siempre que exista constancia de que sean auténticas.

3. Las copias de documentos privados tendrán validez y eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, siempre que su autenticidad haya sido comprobada.

4. Tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas”.

<sup>527</sup> Esta norma, más reciente que la anterior, establecía una regulación más acorde con la evolución de la administración electrónica: “1. Las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos por el propio interesado o por las Administraciones Públicas, manteniéndose o no el formato original, tendrán inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en el artículo 46 de la LRJPAC, siempre que el documento electrónico original se encuentre en poder de la Administración, y que la información de firma electrónica y, en su caso, de sellado de tiempo permitan comprobar la coincidencia con dicho documento.

2. Las copias realizadas por las Administraciones Públicas, utilizando medios electrónicos, de documentos emitidos originalmente por las Administraciones Públicas en soporte papel tendrán la consideración de copias auténticas siempre que se cumplan los requerimientos y actuaciones previstas en el artículo 46 de la LRJPAC.

3. Las Administraciones Públicas podrán obtener imágenes electrónicas de los documentos privados aportados por los ciudadanos, con su misma validez y eficacia, a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen, de lo que se dejará constancia. Esta obtención podrá hacerse de forma automatizada, mediante el correspondiente sello electrónico.

4. En los supuestos de documentos emitidos originalmente en soporte papel de los que se hayan efectuado copias electrónicas de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, podrá procederse a la destrucción de los originales en los términos y con las condiciones que por cada Administración Pública se establezcan.

5. Las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora”.

<sup>528</sup> Recuérdese que los artículos 43, 44, 45 y 49 del RLAE continúan vigentes, al no haber sido derogados de forma expresa por el apartado 2.g) de la Disposición Derogatoria Única de la LPAC.

<sup>529</sup> ROßNAGEL, A., FISCHER-DIESKAU, S. y WILKE, D.: “Transformation von Dokumenten. Zur Notwendigkeit einer Technik- und Rechtsgestaltung”, *CR* 12/2005, pp. 903-904

## **2. La validez de las copias auténticas de documentos públicos administrativos o privados. El necesario reconocimiento del nuevo concepto de copia defectuosa (no inválida)**

La regulación del documento público administrativo y las copias electrónicas de documentación suponen una verdadera apuesta de las Administraciones Públicas por la equiparación del formato papel al electrónico, y el incumplimiento de cualquier requisito establecido al respecto puede conllevar la aparición de motivos ya no de nulidad o anulabilidad, puesto que no se trata de un acto administrativo, sino de un “documento-copia”, por lo que, al igual que ocurría con el documento defectuoso, debe así mismo concebirse un nuevo concepto: el de copia electrónica defectuosa, para el caso de que sea este concreto documento (copia) el que adolezca de algún vicio en relación con sus requisitos legal o reglamentariamente establecidos, como se verá.

Así, la copia electrónica que no adolece de defecto alguno podría definirse como “copia perfecta” ya que, como se tuvo ocasión de afirmar anteriormente en el presente Trabajo, en relación con los documentos, si se consulta en el DRAE “defectuoso”, una de las definiciones que aparecen es “imperfecto”, de forma que tomando su antónimo se puede afirmar que las copias son “defectuosas” o “perfectas”, en función de si adolece o no de algún defecto, respectivamente.

Incluso podría plantearse la posibilidad de reconocer, en el caso de la copia electrónica, la existencia de defectos de escasa gravedad que podrían ocasionar la generación de una copia electrónica meramente irregular, no defectuosa, que la Administración podría corregir o subsanar de oficio o a instancia del interesado en cualquier momento.

### **2.1. Definición de copia auténtica**

Al tratarse la copia de un duplicado o reproducción del documento original, hay distintos procedimientos técnicos para efectuarla, por lo que debe determinarse en primer lugar el concepto de “copia auténtica” que emplea la LPAC.

Su Exposición de Motivos ya hace referencia a ella al afirmarse que “en el capítulo I se regula el régimen de validez y eficacia de las copias, en donde se aclara y simplifica el

actual régimen y se definen los requisitos necesarios para que una copia sea auténtica”, recogiendo que la Ley impone “la obligación de las Administraciones Públicas de contar con un registro u otro sistema equivalente que permita dejar constancia de los funcionarios habilitados para la realización de copias auténticas”.

Por su parte, también la Guía elaborada por el MINHAP<sup>530</sup> define la copia auténtica como “un nuevo documento, expedido por una organización con competencias atribuidas para ello, con valor probatorio pleno sobre los hechos o actos que documenta, equivalente al documento original”, acreditando de este modo dos aspectos: (i) la autenticidad de la copia por su absoluta identidad con el original; y (ii) la autenticidad de los datos que contiene, y es por ello por lo que tiene, así mismo, efectos certificantes. Así, en primer lugar, debe examinarse el extenso artículo 27 LPAC, el cual recoge las diversas formas en que pueden realizarse copias auténticas, en sus diversas variantes. Dada la complejidad del precepto y el amplio contenido de este, resulta aconsejable examinar de forma ordenada los distintos tipos de copias que regula y sus eventuales vicisitudes para un mejor tratamiento sistemático de la cuestión.

## 2.2. Documentos y copias aportados por los interesados

Por necesidades de claridad conceptual se debe efectuar inicialmente una breve precisión en relación con los documentos y copias aportados por los ciudadanos al procedimiento administrativo para distinguirlos de las copias generadas por las Administraciones Públicas.

Se trata de la previsión del artículo 27.4, 2º LPAC, el cual impone a las Administraciones Públicas la obligación de expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo. Se trata, por tanto, de una copia auténtica de un documento en soporte papel que los interesados aporten para su incorporación al procedimiento administrativo, aspecto reiterado en el artículo 30.1 PRDL PAC-RJSP; igualmente, el artículo 36.1 PRDL PAC-RJSP otorga el mismo valor (nótese como en este caso no se emplea el término “validez”, de forma correcta) a la copia aportada por el interesado y

---

<sup>530</sup> VV.AA.: *Guía de aplicación...*, op. cit., p. 13

a la digitalización de ésta, efectuada para su incorporación a un expediente administrativo.

Sin embargo, en estos casos se trata de documentos que aportan los ciudadanos, y podrán ser originales o copias de documentos o actos administrativos electrónicos; por ejemplo, un ciudadano puede digitalizar un título y presentarlo, y eso sería una copia digitalizada que tendría el valor que le confiere el ordenamiento jurídico, esto es, de documento meramente privado; o también puede llevar el título original a una oficina de asistencia de registros y obtener (o presentar) una copia digitalizada auténtica.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 28.6 LPAC, las copias que aporten los interesados al procedimiento administrativo tendrán eficacia exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que los mismos sean responsables de la veracidad de los documentos que presenten ex artículo 28.7 LPAC.

### 2.3. Una premisa necesaria: de la competencia para realizar las copias auténticas<sup>531</sup>

A tenor del artículo 27.1 LPAC se establece la obligación de las Administraciones Públicas de determinar los órganos competentes a efectos de expedición de copias auténticas de documentos, con el siguiente tenor literal:

“Cada Administración Pública determinará los órganos que tengan atribuidas las competencias de expedición de copias auténticas de los documentos públicos administrativos o privados.

Las copias auténticas de documentos privados surten únicamente efectos administrativos. Las copias auténticas realizadas por una Administración Pública tendrán validez en las restantes Administraciones. A estos efectos, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán realizar copias auténticas mediante funcionario habilitado o mediante actuación administrativa automatizada. Se deberá mantener actualizado un registro, u otro sistema equivalente, donde constarán los

---

<sup>531</sup> Este subapartado se desarrolla con mayor profundidad posteriormente en el apartado 4 de este Capítulo, si bien a efectos dialécticos es preciso efectuar un acercamiento inicial a la cuestión para el adecuado desarrollo del resto de vicisitudes.



funcionarios habilitados para la expedición de copias auténticas que deberán ser plenamente interoperables y estar interconectados con los de las restantes Administraciones Públicas, a los efectos de comprobar la validez de la citada habilitación. En este registro o sistema equivalente constarán, al menos, los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros”.

Dado que se establece la extensión de la validez (más correctamente habría de ser “perfección”, siguiendo la tesis aquí mantenida) de las copias auténticas emitidas por una Administración Pública en el resto de Administraciones, a efectos de comprobación de la competencia se establece la posibilidad para la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales (entes territoriales, al fin y al cabo) de hacerlo bien a través de la figura del funcionario público habilitado, bien mediante actividad administrativa automatizada.

Con el fin de permitir la comprobación por otras Administraciones Públicas de la vigencia de la habilitación de un funcionario público determinado, se establece en el artículo 27.1 LPAC la necesidad de que cada una de dichas Administraciones cree y mantenga constantemente actualizado un registro<sup>532</sup> de funcionarios públicos habilitados, que sea plenamente interoperable con el resto y que esté interconectado con los correspondientes del resto de Administraciones Públicas.

Se establece que, como mínimo, en dicho registro constarán los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros, las cuales, en la práctica, serán las que sustituyan a lo que hasta la fecha se conocía como oficinas de registro presencial, si bien con la vigencia de la LPAC son el lugar en el que los sujetos obligados deben presentar los documentos privados para que se expidan copias auténticas y se incorporen al expediente o solicitud, y serán igualmente las encargadas de prestar asistencia a los sujetos no obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración.

En el ordenamiento jurídico-administrativo alemán no se ha previsto expresamente la realización automática de copias, estando las copias documentales reguladas en el § 33

---

<sup>532</sup> La Ley establece, alternativamente, la posibilidad de que se cree un “sistema equivalente”, si bien lo más acertado sería hacerlo a través de la creación de un registro electrónico *ad hoc*, integrado en el general, que permita la interoperabilidad con el resto sin mayores complicaciones técnicas.

VwVfG. Su apartado 5 (Abs. 5) prevé que, en el caso de los documentos electrónicos, deberá incorporarse una firma electrónica reconocida (cualificada, siguiendo las terminologías europea y alemana) con referencia temporal del funcionario responsable de realizar la copia. Esta firma electrónica sustituiría a la firma manuscrita y el sello oficial propios del soporte papel.

En caso de realizarse las copias auténticas de forma automática mediante dispositivos de digitalización, el *firmware*<sup>533</sup> de éstos deberá permitir, para dar cumplimiento al artículo 42 LRJSP, bien (i) el almacenamiento de certificados digitales y su posterior incrustación en el documento electrónico, concretamente el sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado, según proceda, bien (ii) la generación automática de un Código Seguro de Verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente, por lo que deberá así mismo tener capacidad técnica de almacenar este documento, si bien en tal caso deberá también la copia incorporar el sello electrónico del ente que realiza dicha copia automática.

A mayor abundamiento, estos sistemas de digitalización suponen una manifestación más de la actividad administrativa automatizada, como se ha apuntado, por lo que dicha actividad también deberá observar todos los requisitos que, en relación con ésta, se apuntaron en el Capítulo correspondiente del presente Trabajo<sup>534</sup> en aras a la generación de copias auténticas perfectas, esto es, no defectuosas, por lo que se remite al lector a examinarlas para evitar reiteraciones innecesarias en este apartado, siendo de plena aplicación a la generación de copias, al tratarse, en definitiva, de documentos electrónicos con requisitos específicos, pero en todo caso generados automáticamente. Por último, debe precisarse que resulta fundamental en este punto diferenciar la existencia de la copia del valor que se le otorga por el ordenamiento jurídico. Así, al

---

<sup>533</sup> El *firmware* es un conjunto de instrucciones escritas en lenguaje máquina que incorpora todo dispositivo electrónico y que permite su control al nivel lógico más bajo (entiéndase el término “lógico” en su acepción técnica, relativa al lenguaje de programación lógico de las máquinas), esto es, el que permite controlar los circuitos electrónicos de aquél.

<sup>534</sup> Vid. Capítulo VII, apartado 1

establecer el artículo 27.1, 2º LPAC que “las copias auténticas de documentos privados surten únicamente efectos administrativos” y que “las copias auténticas realizadas por una Administración Pública tendrán validez en las restantes Administraciones”, realmente se está reconociendo, de un lado, que la copia debe ser “auténtica” y, de otro, que cada tipo de copia tiene un determinado valor jurídico, esto es, la copia del documento privado tiene valor únicamente a efectos administrativos, mientras que cualquier copia realizada por una Administración tiene validez en el resto de Administraciones Públicas.

Ahora bien, como se ha examinado, para que la copia sea “auténtica” debe llevarse a cabo por el órgano o empleado público habilitado (también mediante el sello electrónico o CSV, exigido en caso de efectuarse mediante actividad administrativa automatizada) y, en caso contrario, la copia carecerá del correspondiente efecto administrativo, ya que al intervenir el funcionario público habilitado existe un acto administrativo declarativo<sup>535</sup> o de constancia que dota a la copia de su especial consideración como auténtica.

Por ende, el incumplimiento del requisito de expedición por autoridad pública origina la invalidez de dicho acto de constancia, por lo que podrá ostentar la condición de copia no auténtica y, por ende, no tendrá el valor probatorio reforzado que caracteriza a la misma, sin que tenga valor ni pueda surtir efecto en ninguna Administración Pública, al deber calificarse el acto de fe pública como anulable ex artículo 48.1 LPAC. Otra cosa será el valor que el Juez de lo contencioso-administrativo, en un eventual proceso judicial, quiera otorgar a dicha copia como elemento probatorio, en ejercicio de su potestad de libre valoración de la prueba, sin que en ningún caso ostente el valor probatorio reforzado propio de los documentos públicos administrativos, sino más bien el de cualquier documento privado.

---

<sup>535</sup> Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ofrecen en su obra una de las clasificaciones funcionales de los actos administrativos distinguiendo entre actos administrativos “constitutivos” y “declarativos”, siendo estos últimos definidos por los autores como aquellos que acreditan un hecho o una situación jurídica sin incidir sobre su contenido, por lo que realmente este acto administrativo “de constancia” sería declarativo, al acreditar el hecho de que el contenido del documento-copia se corresponde fielmente con el del documento-origen (que, a su vez, puede ser original o una copia). *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 618 *in fine*

## 2.4. La copia electrónica de un documento electrónico original o de una copia auténtica

El artículo 27.3.a) LPAC establece, en relación con esta primera tipología de copia, que:

“Para garantizar la identidad y contenido de las copias electrónicas o en papel, y por tanto su carácter de copias auténticas, las Administraciones Públicas deberán ajustarse a lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad y sus normas técnicas de desarrollo, así como a las siguientes reglas:

a) Las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento”.

Por tanto, la copia electrónica de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, debe incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y éstos deben ser visibles al consultar el documento.

Dicha previsión se reitera en el artículo 27.5 LPAC, en virtud del cual “cuando las Administraciones Públicas expidan copias auténticas electrónicas, deberá quedar expresamente así indicado en el documento de la copia”, lo cual podría suponer que, además del metadato correspondiente, también se incorpore un estampado en la primera página de la copia indicando, a modo del tradicional sello estampado con tinta propio del soporte papel, que es una copia, si bien de emplearse esta interpretación su ausencia no conllevaría más que una mera irregularidad no invalidante, al ser posible la consulta de los metadatos para detectar que se trata de la copia, y no del original.

Como puede advertirse, la ausencia del metadato de copia podría imposibilitar la distinción entre el original y la copia puesto que, como ya se ha dicho en otro lugar de este Trabajo, un documento electrónico original puede tener infinitas instancias de sí mismo si no hay cambio de formato ni alteración de contenido, de manera que habría de acudirse a otros métodos para determinarlo, como examinar (nuevamente acudiendo a los metadatos) la identidad del creador de documentos, su fecha de creación, la estampación anteriormente comentada a que se refiere el artículo 27.5 LPAC y, en definitiva, otros metadatos que se deben incorporar al fichero por el *software*

correspondiente de gestión documental empleado. De hecho, en la doctrina alemana algún autor como MÜLLER<sup>536</sup> llega a afirmar que en el soporte electrónico la distinción entre original y copia es banal, dada la evidente identidad entre ambos.

De la dicción del artículo 27 LPAC se colige que una copia electrónica auténtica puede obtenerse del documento original o de una copia auténtica, sin discriminación alguna. Esta posibilidad hace que sea perfecta y, por tanto, eficaz, tanto una copia obtenida de un documento original como la obtenida de una copia auténtica (esto es, se trataría de la copia auténtica de una copia auténtica) si se verifican los condicionantes necesarios que se examinarán. Esta distinción en la práctica carece realmente de relevancia, toda vez que un documento electrónico auténtico puede tener tantas instancias de sí mismo como copias sin cambio de formato (y de propiedades) se efectúen<sup>537</sup>, aunque no está de más la previsión normativa incluida.

En opinión de SANZ LARRUGA<sup>538</sup>, para que pueda hablarse de una copia auténtica debe haber, al menos, cambio de formato, apoyándose en la dicción del artículo 43.1 RLAE (aunque dicha previsión está únicamente dirigida a la Administración General del Estado y sus organismos públicos, sin que resulte por tanto de aplicación al resto de Administraciones Públicas españolas), pues dicho precepto establece que las copias electrónicas generadas sin cambio de formato o contenido, al ser idénticas al original, tienen la misma eficacia jurídica que aquél.

Lo cierto es que la LPAC no distingue entre ambas y, cuando trata la copia auténtica sin cambio de formato, lo hace distinguiéndola de su homóloga con cambio de formato y sin denominarla “documento original”, que para la Ley sólo hay uno, por lo que cualquier documento “derivado” del mismo es, en definitiva, una copia auténtica, con o sin cambio de formato, pues lo relevante es que se garantice que el contenido permanece invariable.

---

<sup>536</sup> MÜLLER, X.: “Papier zu Papier, Byte zu Byte. Die elektronischen Verwaltungsakte erreicht die Gerichte”, *NZS*, 2014, 929

<sup>537</sup> Piénsese por ejemplo en un documento en formato .pdf que tengamos almacenado en una carpeta del disco duro: si copiamos y pegamos en otras carpetas distintas el mismo documento tendremos múltiples instancias del mismo documento original, de forma que todos ellos podrían considerarse originales.

<sup>538</sup> SANZ LARRUGA, F.J.: “Gestión documental...”, *op. cit.*, pp. 950 y ss.

Y es que sucede en el novedoso ámbito electrónico lo ya apuntado por ALAMILLO DOMINGO<sup>539</sup>, consistente en que se ha intentado trasladar al nuevo soporte electrónico ideas o conceptos que eran propios del soporte papel, en muchos casos sin detenerse a valorar si realmente tiene sentido, lo cual provoca estas distorsiones tecnológicas, impide obtener el máximo aprovechamiento de las TICs y frena la innovación.

Lo que, por el contrario, sí tiene sentido distinguir, es el documento electrónico original de la copia electrónica parcial auténtica, puesto que en tal caso se efectúa una transcripción parcial en lugar de una completa, por lo que ya no puede hablarse de una instancia del original, caso en el que adquiere sentido y relevancia, sobre todo en caso de tratarse de documentos complejos cuya totalidad no es necesario reproducir, bastando una parte de los mismos para su incorporación, por ejemplo, a otro expediente administrativo.

Entre los requisitos establecidos para la validez de la copia, además de los ya citados del artículo 27.3.a) LPAC, deberán verificarse todos los de aplicación general que todo documento electrónico debe cumplir, a tenor de la previsión del artículo 26.2 LPAC, si bien debe tenerse en cuenta que no se ha previsto expresamente lo contemplado en el artículo 43.2.a) RLAE, a pesar de lo cual resulta evidente que el documento electrónico original debe conservarse en poder de la Administración en todo caso, llegándose a afirmar por algún autor<sup>540</sup> que en este nuevo escenario sería recomendable la creación de la figura de un “interventor documental” para una correcta gestión y, sobre todo, control, de la abundante documentación electrónica que las Administraciones Públicas en general van a generar y almacenar electrónicamente.

Dicha conservación del original tiene como finalidad principal la de servir como prueba de la fidedigna identidad entre la copia y el original, a efectos de una eventual necesidad de cotejo, esto es, a efectos probatorios. De no coincidir ambas (original y copia), habrá de determinarse si la ausencia de identidad está motivada por un error (involuntario) de transcripción, caso en el que se estaría ante una copia defectuosa, cuya principal

---

<sup>539</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: “La regulación de la tecnología: la superación del modelo papel como elemento de transformación digital innovadora”, en MARTÍN DELGADO, I. (Dir.): *La reforma de..., op. cit.*, p. 80

<sup>540</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Infraestructuras de Telecomunicaciones..., op. cit.*, posteriormente reiterado por otros como BOCANEGRA REQUENA, J.M. y BOCANEGRA GIL, B.: *La administración electrónica..., op. cit.*, pp. 315 y ss.

consecuencia es su ineficacia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que, en caso de imprudencia grave, pudiese incurrir ex artículo 391 del CP; o si, por el contrario, existe una incoherencia absoluta y consciente (voluntaria) que podría, además de originar una copia defectuosa ineficaz, constituir el supuesto de hecho de un delito de falsedad en documento administrativo del artículo 390 del CP, supuesto en que habrá de depurarse previamente la responsabilidad penal del autor de la copia ante la jurisdicción competente, y tendría como efecto directo la invalidez del acto ex artículo 47.1.d) LPAC por ser constitutivos de infracción penal o dictarse como consecuencia de ésta.

## 2.5. Copias electrónicas de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización

El artículo 27.3.b) LPAC establece que “las copias electrónicas de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización, requerirán que el documento haya sido digitalizado y deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento”.

Esta modalidad de copia auténtica está prevista para aquellos supuestos en que el soporte del documento es el papel u otro susceptible de digitalización, como sería el caso de esquemas o gráficos en plantillas plásticas o similares distintas del tradicional soporte papel, pero susceptibles de ello.

A este respecto, debe en primer lugar procederse a definir el concepto de “digitalización” a efectos de la correcta interpretación del precepto. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española<sup>541</sup> lo define como la “acción y efecto de digitalizar”, encontrándose para la acepción de digitalizar dos entradas: la de “registrar datos en forma digital” y “convertir o codificar en números, dígitos, datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro”. Esta última es la más adecuada para este particular.

---

<sup>541</sup> Consultada la versión *online* del Diccionario de la Real Academia Española, accesible desde la dirección web: <http://dle.rae.es> (última consulta efectuada el 12/10/2018)

Por su parte, la propia LPAC<sup>542</sup> define la digitalización en su artículo 27.3.b) *in fine* como “el proceso tecnológico que permite convertir un documento en soporte papel o en otro soporte no electrónico en un fichero electrónico que contiene la imagen codificada, fiel e íntegra del documento”.

Una vez clara la terminología que se emplea al regular la digitalización, procede examinar los requisitos que debe reunir el proceso en sí para determinar las posibles vicisitudes que en la práctica pudiesen originarse.

En este sentido, el ENI establece en su artículo 24 que la digitalización de documentos en soporte papel deberá cumplir los siguientes requisitos:

- Se deben emplear formatos estándares de uso común para la digitalización de documentos en soporte papel y en la técnica de compresión empleada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 del propio ENI. En resumen, se deben emplear estándares abiertos, aunque caben otros complementarios, o de uso generalizado por la ciudadanía, debiéndose dar cumplimiento al principio de neutralidad tecnológica en la utilización de las aplicaciones -de descompresión, por ejemplo- necesarias para la visualización o interacción con los documentos.
- Debe emplearse un nivel de resolución adecuada, la cual es definida en el propio Anexo del ENI como la “resolución espacial de la imagen obtenida como resultado de un proceso de digitalización”.
- Debe garantizarse la generación de una imagen fiel e íntegra respecto del original.
- Deben incluirse los metadatos mínimos obligatorios, así como los complementarios, en su caso, asociados al proceso de digitalización.
- Además, la gestión y conservación del documento electrónico digitalizado atenderá a la posible existencia de este en otro soporte.

En relación con la realización de la copia, la NTI de Procedimientos de Copiado Auténtico y Conversión entre Documentos Electrónicos establece (apartado V) que:

---

<sup>542</sup> Téngase en cuenta al respecto que el artículo 44.2 del RLAE definía la “digitalización” de forma idéntica: como el “proceso tecnológico que permite convertir un documento en soporte papel o en otro soporte no electrónico en un fichero electrónico que contiene la imagen codificada, fiel e íntegra, del documento”, y la “imagen electrónica” como el “resultado de aplicar un proceso de digitalización a un documento en soporte papel o en otro soporte que permita la obtención fiel de dicha imagen”.



- Se obtendrá de la digitalización del documento origen<sup>543</sup> según lo establecido en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Digitalización de Documentos.
- Tendrán asignado el valor “Copia electrónica auténtica de documento papel” en el metadato mínimo obligatorio “Estado de elaboración”.

A tenor de este segundo requisito debe precisarse que, en caso de no tratarse de documento papel, sino otro soporte no electrónico, deberá hacerse la mención correspondiente de este extremo en el metadato mínimo obligatorio señalado, modificando el “documento papel” por el soporte que proceda, aunque no se haya previsto expresamente por la norma reglamentaria.

Resulta de especial relevancia la NTIDD, la cual tiene por objeto establecer los requisitos a cumplir en la digitalización de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización a través de medios fotoeléctricos. Así, además de cumplir con la NTIDE, el apartado III.1 de la NTIDD establece que un documento electrónico generado a partir de la digitalización de un documento debe estar formado por:

- La imagen electrónica, que debe representar el aspecto y contenido del documento en el soporte origen. Esta imagen debe a su vez cumplir los requisitos del apartado IV de la citada NTIDD, siendo los siguientes:
  - Encontrarse en formatos establecidos para ficheros de imagen en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Catálogo de Estándares.
  - El nivel de resolución mínimo será de 200 píxeles por pulgada (ppp), tanto para imágenes obtenidas en blanco y negro, como en color o a escala de grises.
  - La imagen electrónica debe ser fiel al documento origen, para lo cual (i) debe respetar la geometría del documento origen en tamaños y proporciones<sup>544</sup>; (ii) no puede contener caracteres o gráficos que no

---

<sup>543</sup> De una lectura sistemática de la Norma Técnica de Interoperabilidad de procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos se pueden apreciar las modalidades de documentos reconocidas, en función del momento de su creación: el documento origen (apdo. III) y el documento resultado (apdo. VIII.1)

<sup>544</sup> Nótese cómo se denomina por la Norma Técnica, de forma adecuada, “documento origen” en lugar de “documento original”

figurasen en el documento origen; y (iii) se generará conforme al apartado V de la NTIDD.

Ello quiere decir que, respetando las proporciones, por ejemplo, cabría realizar una copia a escala si las dimensiones son excesivas o mínimas si con ello se permite almacenar o visualizar mejor la imagen, siempre y cuando se mantenga la fidelidad al documento origen y se respete su geometría, sin que por este motivo la copia pueda devenir defectuosa en ningún caso.

- Los metadatos mínimos obligatorios conforme a la NTIDE (reconociéndose la posibilidad de incluir además metadatos complementarios para atender a necesidades de descripción específicas del proceso de digitalización).
- Firma de la imagen electrónica, la cual evidentemente también será electrónica, aunque no se establezca expresamente.

En relación con el proceso de digitalización, también se prevé en la NTIDD, concretamente en su apartado V, cómo se debe llevar a cabo. Así, se trata de un proceso informático en el que, garantizando la integridad de cada uno de los pasos, se llevará a cabo: (a) en primer lugar, la digitalización *stricto sensu* por un medio fotoeléctrico, de modo que se obtenga una imagen electrónica en la memoria del sistema asociado al dispositivo; (b) a continuación, la optimización automática de la imagen electrónica para garantizar su legibilidad, de modo que todo el contenido que forme parte del documento origen pueda apreciarse y sea válido para su gestión, recogiendo de modo ejemplificativo la umbralización<sup>545</sup>, reorientación o la eliminación de bordes negros; (c) en tercer lugar, se asignarán los metadatos correspondientes al documento electrónico resultante del proceso de digitalización; (d) y, por último, se procederá a la firma de la imagen electrónica, de ser necesario.

En el ordenamiento jurídico-administrativo alemán se aprobó en 2013 la *Technische Richtlinie* nº 03138 *Rechtssicheres ersetzendes Scannen (TR-RESISCAN) des Bundesamts*

---

<sup>545</sup> Se trata de una técnica de procesamiento de la imagen, junto con otras comunes como el histograma de la imagen, el cual consiste, en resumen, en determinar el número de píxeles existente para cada nivel de gris que exista en dicha imagen, mientras que la umbralización sería escoger un valor de la intensidad de la imagen y convertir todo lo que sea superior a dicho valor en “1” y todo lo inferior en “0”, apreciándose así en dos tonos, consiguiendo así separar el fondo de los objetos existentes. Ambas técnicas son complementarias, de forma que la primera consigue determinar la intensidad de los colores y la segunda plasmarlo en dos intensidades o tonos diferenciados.

*für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI)*<sup>546</sup>, Norma Técnica que establece los requisitos técnicos, en aras a la seguridad jurídica, de la digitalización para cumplir, al efectuar la digitalización de documentos, los objetivos de integridad, autenticidad, trazabilidad, disponibilidad, legibilidad, capacidad de transmisión, confidencialidad y capacidad de eliminación<sup>547</sup>. En dicha norma técnica la legislación germana establece diferentes niveles de seguridad en función de categorías documentales, con el fin de establecer protocolos de seguridad y auditorías regulares, cuando la sensibilidad de los datos o de la información sea alta y, por ende, así lo exija.

Para las copias de documentos públicos administrativos, rige la presunción de autenticidad regulada en el § 437 de la legislación procesal civil (ZPO o *Zivil Prozess Ordnung*) por remisión del § 371.b) ZPO, el cual exige la firma electrónica reconocida (*qualifiziert*) en aras a su admisión como prueba en el proceso, por lo que dicha exigencia debe ser en todo caso observada, en cualquier caso, según el estado de la técnica (*Stand der Technik*) en cada momento.

Debe tenerse en cuenta la obligación impuesta a las Administraciones Públicas en el artículo 27.4 *in fine* LPAC, consistente en que deberán expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo. Evidente previsión, toda vez que cualquier documento en papel que presente un ciudadano no obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración en cualquier oficina de asistencia en materia de registros deberá, al fin y al cabo, incorporarse a un expediente administrativo electrónico, pues la Administración Pública sí que está obligada a gestionar electrónicamente todo procedimiento administrativo, por lo que cualquier documento presentado en papel debe, por necesidad, digitalizarse y convertirse en copia auténtica electrónica del documento papel e incorporarse al expediente administrativo electrónico. Igualmente, están obligadas a expedir las copias auténticas que soliciten los interesados ex artículo 27.4 LPAC, de los documentos públicos administrativos que

---

<sup>546</sup> Puede consultarse el texto completo en la dirección web: <https://www.bsi.bund.de/DE/Publikationen/TechnischeRichtlinien/tr03138/index.htm.html> (última consulta efectuada el 12/10/2018)

<sup>547</sup> A estos objetivos se refiere HÜSCH, M.: "Rechtsicheres ersetzendes Scannen Dokumenten TR RECISCAN", CR, 2014, 206

hayan sido válidamente emitidos por las Administraciones Públicas<sup>548</sup>, en el plazo de quince días hábiles, previsión que también se contiene en el § 33 (7) VwVfG, aunque sin establecer expresamente un plazo determinado para su expedición.

## 2.6. Copias en soporte papel de documentos electrónicos

El método o proceso para la emisión de copias en soporte papel de documentos electrónicos es bien distinto a lo examinado anteriormente. En este caso se trata de un documento electrónico que obra en poder de la Administración que debe ser plasmado en soporte papel.

Para ello, el artículo 27.3.c) LPAC exige, de un lado, que en las mismas figure la condición de copia y, de otro, que contengan un código generado electrónicamente u otro sistema de verificación, con el fin de permitir contrastar la autenticidad de la copia mediante el acceso a los archivos electrónicos del órgano u organismo público emisor.

Dado que el documento electrónico se encuentra almacenado en los servidores de la Administración emisora de la copia, al obtener una copia en papel de este se debe articular una fórmula para que un tercero, o el mismo poseedor de la copia, pueda contrastar su contenido con el original, esto es, verificar su integridad y autenticidad.

La forma elegida por el legislador de realizar esta verificación es mediante la técnica ya bastante extendida de la asignación al documento de una numeración o código determinado de forma individualizada y sin que existan dos documentos en los que coincida: el conocido como Código Seguro de Verificación (CSV) o denominaciones similares que algunas Administraciones o entes públicos han adoptado<sup>549</sup>.

Este sistema intenta garantizar, en definitiva, la posibilidad de comprobación de la integridad del documento en cuestión, almacenando en sus propios servidores el original para que cualquiera pueda acceder a la sede electrónica del organismo de que

---

<sup>548</sup> Téngase en cuenta que la solicitud debe dirigirse al órgano que emitió el documento original

<sup>549</sup> Por ejemplo, la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado ha adoptado, para el cotejo de la integridad de las páginas del Boletín Oficial del Estado, la denominación “Código de Verificación Electrónica” (CVE) aunque en este caso quizás, al no ser el acceso a través de la sede electrónica por motivos obvios relativos al acceso público a la mayor parte de la ciudadanía sin necesidad de contar con medios de acceso a la sede ni tratarse de documentos relativos a un procedimiento administrativo concreto, sino de normas y disposiciones de carácter general, se ha preferido no incluir el calificativo “seguro”, aunque la seguridad en este caso debe igualmente garantizarse.

se trate y cotejar que es el mismo de que dispone físicamente en papel. Así, introduciendo el CSV en la caja de búsqueda correspondiente se obtendría, en principio, el original del documento que se pretende verificar.

Este sistema de CSV ha sido objeto de crítica por ALAMILLO DOMINGO<sup>550</sup>, para quien “se trata de un mecanismo cuya validez depende única y exclusivamente de la Administración que lo controla, algo que resulta a todas luces inaceptable en términos de seguridad jurídica”, aunque acepta que se limite su uso precisamente a la producción de copias auténticas, si bien en este caso apunta a la necesidad de que se regulen con carácter básico “las condiciones de uso y, en concreto, el plazo de conservación y de acceso a documentos con código seguro”, lo cual resultaría muy adecuado a efectos de garantizar mayores niveles de seguridad jurídica en relación con su uso.

Coincido plenamente en que su utilización para la producción de copias auténticas es adecuada, más aún si el acceso a los documentos lo es a través de la sede electrónica, con altos niveles de seguridad, así como la necesidad de regular los plazos de mantenimiento de tales documentos en dicha sede, estableciendo al menos un mínimo periodo temporal en el cual sea posible el acceso al mismo por parte del interesado.

## 2.7. Copias en soporte papel de documentos originales conservados también en dicho soporte

El artículo 27.3.d) LPAC prevé el supuesto de copias en papel de documentos originales también en papel, esto es, lo que tradicionalmente (en ausencia del soporte electrónico) ha sido comúnmente conocido y extendido como la “copia”.

La previsión al respecto por la LPAC se limita a establecer que se proporcionen mediante (i) copia auténtica en papel del documento electrónico que se encuentre en poder de la Administración, o bien (ii) mediante una puesta de manifiesto electrónica conteniendo copia auténtica del documento original.

Así, se distinguen dos escenarios distintos: el primero aquél en el que el documento papel ha sido objeto de digitalización por parte de la Administración siguiendo el proceso tratado en el apartado anterior, caso para el que la Ley prevé que la copia se

---

<sup>550</sup> ALAMILLO DOMINGO, I.: *Análisis de los...*, op. cit.

obtenga siguiendo los criterios y el proceso allí examinados, esto es, proceder a la digitalización del documento para convertirlo a un documento electrónico y posteriormente producir una copia auténtica del mismo en soporte papel, debiendo por tanto incorporar un código seguro de verificación o sistema equivalente (a cuyo efecto se ha digitalizado el documento, puesto que la inclusión de un CSV en el documento papel sólo tiene sentido si ha sido electrónicamente incorporado a los archivos - electrónicos- de la Administración para permitir así su posterior cotejo.

En segundo lugar, se establece la novedosa “puesta de manifiesto electrónica” como segunda forma de expedir copias en papel de documentos originales en este soporte, siempre que contenga copia auténtica del documento original. Se añade el adjetivo “novedosa” porque hasta la fecha era bien conocida la puesta de manifiesto del expediente administrativo como facultad de los recurrentes que precisa de su ejercicio activo para desplegar sus efectos, quedando obligada la Administración a permitir el acceso al citado expediente si el obligado lo precisase (para ello debía manifestar expresamente esa voluntad ante la Administración autora del acto impugnado)<sup>551</sup>.

Con esta previsión se introduce una nueva modalidad de expedición de copias auténticas no ya del expediente administrativo, sino de un documento concreto, debiendo el solicitante dirigirse a la Administración autora del acto y solicitarlo expresamente para que ésta lo ponga a su disposición, normalmente en papel con el correspondiente CSV que daría así mismo acceso al solicitante para verificar su integridad a través de la sede electrónica correspondiente.

Otra posibilidad que ofrecería también esta puesta de manifiesto electrónica sería permitir al ciudadano el acceso electrónico a la copia auténtica del documento original a través de un sistema basado en servidor seguro, de forma que telemáticamente fuese posible el acceso a dicha copia, facilitando así el mismo y reduciendo al mismo tiempo las cargas administrativas por gestión documental que supone la puesta de manifiesto presencial.

---

<sup>551</sup> Véase al respecto, por ejemplo, en el ámbito tributario, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 10 de mayo de 2012 (Rec. nº 5878/2010), *in fine*.

## 2.8. La copia electrónica compulsada o la expedición de copias auténticas de documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo

En relación con este supuesto de producción de copia auténtica, se debe partir del supuesto de hecho que da lugar al mismo, el artículo 16.5 LPAC, el cual establece, al regular los registros, la obligación de la oficina de asistencia en materia de registros de digitalizar los documentos presentados de manera presencial conforme a lo expuesto anteriormente en relación con los requisitos y procesos exigidos a dicha digitalización, para su incorporación al expediente administrativo electrónico.

Los documentos originales presentados deben devolverse al interesado, salvo que la normativa que resulte de aplicación al caso concreto exija su custodia por parte de la Administración o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización, como sucedería en materia de contratación pública con las “muestras” de bienes o productos a suministrar en sede del contrato de suministro a que se refiere el artículo 89.1.e) de la LCSP.

Adicionalmente, no sólo se establece la posibilidad de los interesados de aportar documentos al procedimiento administrativo, sino que la Administración también puede, conforme al artículo 28.4 LPAC, solicitar al interesado la presentación de un documento original que podrá estar en formato papel, caso en el que el interesado deberá obtener una copia auténtica conforme al artículo 27, con carácter previo a su presentación electrónica, copia que reflejará expresamente esta circunstancia. En caso de tratarse de una persona física no obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración, se efectuará al momento de su personación en la oficina de asistencia en materia de registros por el funcionario público habilitado a tal efecto.

## 3. Del incumplimiento de las normas técnicas aplicables en la generación de copias

El artículo 27.3 LPAC establece que, para garantizar la identidad y contenido de las copias electrónicas o en papel (esto es, su condición de auténticas), las Administraciones Públicas deberán realizarlas ajustándose a lo previsto en las diferentes normas técnicas de aplicación, esto es, fundamentalmente en ENI, el ENS y el resto de las normas técnicas que se han venido denominando en el presente Trabajo “derivadas”. Por tanto, con

carácter general, el incumplimiento de cualquier previsión técnica que implique la imposibilidad de poder garantizar la identidad, integridad o autenticidad del contenido de las mismas dará lugar a su “degradación” a copia defectuosa; si dicho incumplimiento no afecta a tales aspectos de la copia, con carácter general puede afirmarse que sería una copia meramente irregular, susceptible de subsanación en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado.

En este sentido, a efectos de la expedición de copias auténticas, deben tenerse en cuenta, además de las previsiones del ENI y el ENS, las contenidas en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de Copiado Auténtico y Conversión entre Documentos Electrónicos, aprobado mediante Resolución de 19 de julio de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública, ya citada anteriormente, que establece las reglas técnicas generales y específicas de aplicación a la generación de copias electrónicas auténticas, copias auténticas en formato papel de documentos públicos administrativos en formato electrónico, así como para la conversión de formato de documentos electrónicos por las Administraciones.

Debe advertirse que esta norma técnica no se encarga de regular los aspectos relativos a la gestión de los documentos resultantes del proceso de copiado auténtico o conversión, que se rigen por la NTI de Política de Gestión de Documentos Electrónicos. Estas previsiones deben cuidarse en su cumplimiento, toda vez que su ausencia conlleva un posible defecto en la copia generada, que provocará su ineficacia y la necesidad de subsanarla para que pueda surtir los efectos que correspondan en el eventual procedimiento administrativo al que se incorpore.

Entre las previsiones de la NTI de Procedimientos de Copiado Auténtico y Conversión entre Documentos Electrónicos se encuentra, entre otros, el valor concreto que debe tener asignado el metadato mínimo obligatorio relativo al carácter de copia electrónica auténtica y su tipología, denominado “Estado de elaboración”, es decir, si se trata de “Copia electrónica auténtica con cambio de formato”, “Copia electrónica auténtica de documento papel” y la interesante “Copia electrónica parcial auténtica”, la cual se debe obtener, conforme al apartado VI de la citada NTI, mediante extractos del contenido del documento origen o a través de otros métodos electrónicos que permitan mantener la confidencialidad de aquellos datos que no afecten al interesado.



Esta última posibilidad podría, en la práctica, traer algunas consecuencias negativas si, por ejemplo, es utilizada por la Administración para elaborar documentos probatorios e incorporarlos a expedientes administrativos electrónicos determinados, por lo que resulta de extrema importancia en este punto garantizar la integridad del contenido y la identidad de la copia, produciéndose una copia defectuosa en caso contrario.

Otro de los aspectos relevantes relacionado, además, con el requisito previsto para todo documento administrativo electrónico en el artículo 26.2.a) LPAC relativo a la necesidad de que sea “susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”, es la obligación de incluir en la copia auténtica el metadato relativo al identificador del documento origen, de forma que tome el valor de dicho identificador.

Así se consigue una vinculación directa entre el documento origen y el documento resultado, de forma que, en caso necesario, se pueda consultar la total correspondencia del contenido de ambos y mantener una conexión entre original y copia.

La ausencia en la copia del metadato correspondiente podría dar lugar, en algunos casos, a la imposibilidad de efectuar un seguimiento del documento origen y su copia, aunque al establecerse por la LPAC la plena equiparación del documento original a la copia auténtica si ésta reúne todos los requisitos exigibles, nada podría objetársele a ésta, por lo que dicha ausencia del metadato referido sería constitutiva de una mera irregularidad que no provocaría defecto alguno en la copia auténtica.

Por último, como se vio anteriormente<sup>552</sup>, el apartado III.1 de la NTIDD establece que un documento electrónico generado a partir de la digitalización de un documento requiere la inclusión de la firma electrónica a la digitalización de la copia. Dado que la firma electrónica garantiza la integridad, autenticidad y autoría de la copia, su ausencia provocaría, en primer lugar, que la copia deviniese defectuosa, y al ser necesario que dicha firma electrónica sea de funcionario público habilitado para la expedición de copias auténticas, el acto de fe pública que supone su intervención<sup>553</sup> sería inválido (anulable), por lo que no podría surtir los efectos inherentes a la misma en un eventual procedimiento administrativo o judicial; al no ostentar el valor probatorio reforzado propio de los documentos públicos administrativos, ni cumplir el requisito esencial de

---

<sup>552</sup> Vid. apartado 2.4 de este Capítulo

<sup>553</sup> Vid. apartado 2.2 del presente Capítulo

todo documento administrativo electrónico de incorporar firma electrónica (artículo 26.2 LPAC), el mismo sería, a estos efectos, como un mero documento privado.

Por tanto, en estos supuestos, lo conveniente es proceder a una nueva digitalización e incorporación de la copia correctamente efectuada (auténtica) al procedimiento de que se trate mediante la subsanación de la copia, previamente al surgimiento de cualquier eventualidad futura.

#### **4. La problemática de la posible copia defectuosa por haber sido expedida por personal no habilitado (o no funcionario)**

Tal y como se adelantaba con anterioridad<sup>554</sup>, el artículo 27.1.3º LPAC establece que la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales pueden realizar copias auténticas mediante funcionario público habilitado o actividad administrativa automatizada. El tenor literal de la Ley parece excluir otro tipo de personificaciones distintas, no obstante lo cual se debe acudir al artículo 2 LPAC, relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, el cual establece en su apartado 3 que tendrán también la consideración de Administraciones Públicas (además de las anteriores), los entes previstos en el apartado 2.a), esto es, “cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas”, ampliando así de forma abrumadora los entes públicos que están facultados para la expedición de tales copias.

En este sentido, cada Administración Pública debe determinar los órganos que tienen atribuidas competencias en materia de expedición de copias auténticas, en cuyo seno se encontrarán los funcionarios públicos habilitados a que se hacía referencia anteriormente.

Estos funcionarios, que al menos serán los que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros (artículo 27.1.4º *in fine*) deberán constar en un registro que deberá mantener actualizado la Administración, en el que constarán a efectos de poder ser comprobada la citada habilitación por el resto de Administraciones Públicas pues, téngase en cuenta, que las copias auténticas realizadas por una

---

<sup>554</sup> Vid. apartado 2.3 en este mismo Capítulo

Administración tendrán validez en el resto de Administraciones Públicas, las cuales deben tener acceso a algún servicio en red que les permita comprobar si una determinada copia que presenta un administrado ha sido expedida por persona habilitada para ello. Evidentemente, para que ello sea posible, la LPAC exige que tales registros sean plenamente interoperables y se encuentren interconectados con el resto de Administraciones Públicas, por ejemplo, a través de la red SARA<sup>555</sup>.

Adicionalmente, el artículo 35 PRDL PAC-RJSP establece, únicamente para el ámbito estatal, que la competencia para la expedición de copias auténticas recaerá sobre los mismos órganos a los que corresponda la emisión de los documentos originales, su custodia, su archivo o que en sus normas de competencia así se haya previsto, así como las oficinas de asistencia en materia de registros respecto de los documentos presentados por los interesados. Al respecto, en primer lugar, queda poco definido, pero además no resulta de aplicación al resto de entes que forman parte del sector público autonómico o local, por lo que la cuestión únicamente queda resuelta parcialmente y de forma poco precisa, refiriéndose además sólo a nivel orgánico, pues de forma específica dicha función o competencia sigue recayendo sobre el funcionario público habilitado o mediante actividad administrativa automatizada.

Esto lleva a examinar la problemática de la expedición de copias tanto por personal no funcionario (laboral), como aun ostentando esta condición, sin encontrarse habilitado para ello. El primer supuesto supone la continuación, en el ámbito de lo electrónico, de la problemática o conflicto existente en la práctica entre las funciones que pueden ser desempeñadas por personal funcionario y por el que no ostenta dicha consideración, por tratarse de una relación de carácter laboral (aún con sujeción a determinadas normas de Derecho Público).

Y es que, la evidente proliferación de entidades con formas de personificación privada ha venido a acrecentar una doble problemática que ya existía en algunas entidades locales, en las cuales no siempre abunda el personal funcionario.

---

<sup>555</sup> Acrónimo de “Sistemas de Aplicaciones y Redes para las Administraciones”, que es un conjunto de infraestructuras de comunicaciones y servicios básicos que conecta las redes de las Administraciones Públicas españolas e instituciones europeas con el fin de facilitar el intercambio de información y el acceso a los servicios, dependiente de la Secretaría General de Administración Digital de la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

En primer lugar, el hecho de que la proporción de empleados laborales es cada vez mayor implica que es escaso el número de funcionarios. De hecho, resulta incluso prácticamente inexistente en muchas entidades locales de pequeñas dimensiones, lo cual también dificulta la existencia de funcionarios públicos habilitados ya que, en realidad, no hay apenas funcionarios.

En segundo lugar, se adolece de una clara determinación de cuáles son concretamente las funciones públicas, reservadas a funcionarios públicos; esta indeterminación de las funciones no implica la inexistencia del ejercicio de potestades administrativas sujetas, por ende, al Derecho Administrativo.

Todo ello hace inviable la posibilidad de que en este tipo de entidades se expidan copias auténticas, como se verá, si no son efectuadas por funcionarios públicos habilitados para ello, con una clara determinación de sus funciones.

También se dan supuestos en que se crean entes con personificación privada cuya finalidad no es otra que la aplicación de las normas propias del Derecho Privado, eludiendo así la aplicación del burocratismo propio del Derecho Administrativo, lo cual fue tempranamente advertido y denominado por CLAVERO ARÉVALO<sup>556</sup> como “huida del Derecho Administrativo”.

Dentro del concepto de “salvaguardia de los intereses generales de las Administraciones Públicas” deben entenderse incluidos, como afirma CANTERO MARTÍNEZ<sup>557</sup>, las funciones relativas a la dación de fe pública y gestión de los registros administrativos. Por tanto, siguiendo este esquema, resulta evidente que, en todo ente público, sea Administración territorial o instrumental, deberá existir la figura del funcionario público tanto para llevar a cabo las funciones de registro como de expedición de copias auténticas, ya que en ambos casos se trata del ejercicio de potestades administrativas de especial relevancia en la actividad pública que, en mi opinión, deben ser ejercidas por personal funcionario de carrera en el sentido del artículo 9 del EBEP.

---

<sup>556</sup> CLAVERO ARÉVALO, M.F.: “Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular de las Administraciones autónomas”, *Documentación Administrativa*, nº 58, 1962, pp. 13 y ss.

<sup>557</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J.: *Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la administración y de la reserva funcional)*, Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, celebrado en Vitoria los días 9, 10 y 11 de junio de 2010. Disponible en la web: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf> (última consulta efectuada el 12/10/2018), p. 23

Procede examinar esta cuestión con detenimiento, ya que es necesario para valorar el alcance del incumplimiento de la exigencia legal, pues si la ley exige que sean funcionarios públicos habilitados los que expidan copias auténticas, el reproche no es el mismo si esa exigencia es relativa al ejercicio de autoridad o no, por lo que de ello pueden depender las consecuencias en caso de incumplimiento.

Las potestades administrativas pueden definirse, con GAMERO CASADO<sup>558</sup>, como “un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad”.

Y es que la importancia de las potestades administrativas es crucial, y su ejercicio por parte de los poderes públicos, como es doctrinalmente admitido<sup>559</sup>, cumple una función de interés general, y es el principal objetivo de su atribución legislativa a sus concretos titulares, quienes deben ejercerlas con subordinación a la Ley, sujeción a control judicial y absoluta responsabilidad como deber que es para su titular, respetando para ello en todo caso las garantías que se establecen procedimentalmente para equilibrar la posición de poder que al ejercer la potestad ostenta la Administración Pública frente al administrado. Y es que las potestades públicas, como ha afirmado ALLI ARANGUREN<sup>560</sup>, son complementarias al servicio público, puesto que aquéllas sirven a éste, función principal de la actividad administrativa, coexistiendo al mismo tiempo un sinfín de normas que establecen no sólo lo que la Administración está habilitada para llevar a cabo, sino también aquellas parcelas materiales que le están vedadas y los límites al ejercicio de tales potestades, como garantía de los ciudadanos.

Este aspecto resulta de excepcional relevancia cuando se examina la posibilidad de que personas no funcionarias ejerzan potestades administrativas (en este sentido, GAMERO

---

<sup>558</sup> GAMERO CASADO, E.: *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Ed. Comares, Granada, 2015, p. 32

<sup>559</sup> GAMERO CASADO, E.: *Desafíos del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 77 y ss. y GAMERO CASADO, E.: “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 214, quien además cita a SANTI ROMANO como precursor del concepto funcional de la potestad; *vid.* también GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 435, entre otros.

<sup>560</sup> ALLI ARANGUREN, J.C.: *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*, Ed. Thomson Civitas, 1ª ed., Madrid, 2006, p. 130

CASADO<sup>561</sup> afirma que es posible siempre que no se trate del ejercicio de autoridad o *imperium*), toda vez que el artículo 9 del EBEP establece, tras definir y regular a los funcionarios de carrera, en su apartado 2, que, en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos.

De hecho, tras la conocida sentencia 99/1987, de 11 de junio, del Tribunal Constitucional<sup>562</sup>, y la modificación del artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, se incluyó un elenco de puestos de trabajo que podían desempeñarse por personal laboral, sin que las funciones de registro o expedición de copias auténticas se encuentren incluidas en el mismo<sup>563</sup>, lo cual apoyaría la tesis aquí mantenida al respecto.

Incluso alguna Ley autonómica así lo establece, como sucede con el artículo 6.1 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha establece que “el ejercicio de las funciones, incluidas las directivas, que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponden en exclusiva al personal funcionario”, concretando en el apartado 2 que “son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes: [...] g) La fe pública”. Por tanto, ninguna duda cabe de que la fe pública se encuentra entre las potestades administrativas reservadas a personal funcionario.

En los entes instrumentales en los que el personal es contratado laboral, en no pocas ocasiones se plantea la problemática consistente en que no existe funcionario público adscrito a un determinado servicio en el que se ejercen potestades administrativas, como las de registro. También, como se ha dicho, a la hora de producir copias auténticas se verifica esta circunstancia, que habrá de resolverse de forma ajustada a Derecho, para evitar así la generación de copias inválidas (anulables) por no haber sido expedidas por persona habilitada para ello. Y es que, de acuerdo con lo acertadamente expuesto por

---

<sup>561</sup> GAMERO CASADO, E.: “La estructura de...”, *op. cit.*, p. 233

<sup>562</sup> RTC 1987\99

<sup>563</sup> Lo más parecido serían “los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo” que, en ningún caso, incluiría la fe pública necesaria al expedir copias auténticas de documentos.

AGUADO CUDOLÀ<sup>564</sup>, la relación laboral (no estatutaria o funcionarial) debe ser la excepción y contraerse a supuestos de actividades técnicas o muy especializadas a través de las cuales no se ejerzan funciones de soberanía, motivo por el cual el autor justifica la existencia de un régimen especial para un determinado tipo de personal, “núcleo duro” de funciones entre las cuales estarían aquellas propias de la autoridad como dar presunción de certeza a determinadas actuaciones administrativas.

La Guía de aplicación de la NTI de Procedimientos de Copiado Auténtico y Conversión entre Documentos Electrónicos prevé<sup>565</sup>, en relación con la firma de la copia auténtica (recuérdese que el apartado III.6 de la NTI establece que deben ser firmadas electrónicamente), que la firma electrónica se podría incorporar: (i) en alguno de los procesos o pasos previos de la generación de la copia auténtica; o (ii) ser específicamente incorporada para garantizar la autenticidad de esta. También se indica que cada Administración u organismo deberá valorar la necesidad de incluir una nueva firma electrónica o sustituir la existente para garantizar la autenticidad de la copia.

Así, para evitar la producción de copias inválidas (anulables) en el ámbito de las Administraciones instrumentales con escaso personal funcionario, y teniendo en cuenta ambos aspectos anteriormente citados de la NTI, podría plantearse la posibilidad de que el personal no funcionario realizase los pasos previos de la copia, incluso garantizando su autenticidad e integridad con aplicación de su firma electrónica para, posteriormente, ser verificado y firmado electrónicamente por el personal funcionario que, a nivel organizativo interno, tenga asignadas tales funciones, de forma que la copia auténtica es producida por un funcionario como exige la normativa vigente pero, a efectos organizativos, el trabajo previo de su realización es ejecutado por personal laboral de la organización, permitiendo así un sistema eficiente (pues si el personal funcionario es escaso no podría realizar todas las copias auténticas que requieran todos los servicios de una determinada Administración, pues dicha carga podría ser excesiva), si bien la garantía de autenticidad es posteriormente llevada a cabo por un funcionario público de carrera, que además serviría como sistema de doble filtro para evitar posibles errores conducentes a la generación de una copia inválida (anulable).

---

<sup>564</sup> AGUADO CUDOLÀ, V.: *La presunción de...*, op. cit., p. 117

<sup>565</sup> VV.AA.: *Guía de aplicación...*, op. cit., p. 24

En este sentido, una solución puede encontrarse en alguna normativa autonómica como la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, tras la redacción dada por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, que en su artículo 69.3, al tratar el régimen jurídico del ejercicio de potestades administrativas en las agencias públicas empresariales, exige que en las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía se garantice que las funciones que supongan el ejercicio de potestades administrativas sean desempeñadas por funcionarios públicos funcionalmente dependientes de entidades de Derecho público, por lo que las entidades con forma de personificación privada podrían tener en su plantilla a funcionarios públicos funcionalmente adscritos a entidades de Derecho público, y realizar las funciones que supongan ejercicio de autoridad, como es la fe pública administrativa.

En este sentido resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009<sup>566</sup>, de la que se desprende que no se invalida el acto administrativo si las tareas auxiliares las realizan empleados laborales o empresas privadas, y el funcionario público interviene para dictar materialmente el acto definitivo a la vista del examen y ponderación de las circunstancias concurrentes aunque “sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados [...] por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma”.

De este modo, la propia Guía de la NTIDD prevé en su apartado 4.3 *in fine* que el resultado del proceso de digitalización sea: (i) un documento electrónico digitalizado completamente conformado por haber sido asignados durante el proceso los metadatos (mínimos y complementarios) así como la firma electrónica al fichero de imagen obtenido, caso en el que sería el propio funcionario público el que realice dicho proceso; o bien (ii) un documento electrónico digitalizado pendiente de conformar, cuando por algún motivo el documento no ha sido firmado electrónicamente, caso en el que deberá el funcionario público aplicar dicha firma, en ejercicio de su potestad administrativa de fe pública, que podría ser el supuesto anteriormente propuesto, de realización previa de las tareas auxiliares o instrumentales por personal laboral, y posteriormente conformarlo el funcionario público competente para la expedición de copias; o también

---

<sup>566</sup> RJ 2010\1823 (Rec. nº 4035/2005)



podría darse el supuesto de que se proceda a la digitalización mediante actividad administrativa automatizada y posteriormente el funcionario la firma electrónicamente, salvo que dicha actividad administrativa automatizada también contemple la expedición de las copias auténticas gracias a la habilitación ya citada del artículo 27.1 LPAC, caso en el que podría incorporarse al documento el sello electrónico del órgano competente para emitirla.

Todo ello requiere, como puede advertirse, de una adecuada distribución competencial interna, que deberá llevarse a cabo a través de la aprobación de normas organizativas de naturaleza reglamentaria que permitan establecer el reparto y la asignación de funciones orgánicas y al personal al servicio de la Administración o ente público de que se trate, garantizando así mismo la seguridad jurídica y la transparencia que debe regir toda actividad pública.

Concluyendo, puede afirmarse que las copias generadas por personal no funcionario devendrían inválidas (defectuosas) por no ser el ejercicio de potestades administrativas facultades asignables a los mismos, en consonancia con lo anteriormente expuesto, por lo que no es el documento en sí el afectado, caso en que como se ha venido defendiendo sería defectuoso, sino que es el propio acto administrativo declarativo o de constancia que hace auténtica a la copia la que se ve afectada de invalidez, concretamente de anulabilidad.

Por su parte, también podría darse el caso de que la copia sea generada por personal funcionario entre cuyas funciones no se encuentre la expedición de copias; en este supuesto, al tratarse de un funcionario público, realmente podría ostentar dicha facultad si las normas organizativas internas así lo hubiesen previsto, pues está facultado para el ejercicio de potestades administrativas. Por tanto, las consecuencias deben graduarse en este caso, pudiendo admitir la mera irregularidad de la copia, aunque exigiría la subsanación de oficio o a instancia de parte, mediante la comprobación por la persona entre cuyas funciones se encuentre la de expedir copias y la aplicación por parte de ésta de su firma electrónica.

Otra situación posible que podría darse en la práctica sería la imposibilidad temporal de comprobar la habilitación del funcionario que ha emitido una copia determinada, que ha sido objeto de presentación en otra Administración distinta a la que realizó dicha copia, caso en el que la misma deberá inicialmente comprobar que la misma ha sido

realizada por el funcionario habilitado, por encontrarse el registro correspondiente de funcionarios habilitados fuera de servicio temporalmente (por motivos técnicos, por ejemplo, podría encontrarse el servidor caído).

En tales casos, la situación sería similar a la examinada para los documentos administrativos electrónicos en general en caso de imposibilidad de comprobar la validez y vigencia de un certificado o firma electrónica, salvo por el hecho de que en este caso interviene el funcionario público y, por tanto, es el acto administrativo declarativo o de constancia el que puede resultar afectado y, por tanto, puede devenir inválido en lugar de defectuoso, como sucedía en el otro supuesto.

Al tratarse de una imposibilidad meramente temporal, no puede afirmarse que la copia sea inválida hasta que se pueda comprobar dicha habilitación, pudiendo reputarse como meramente irregular mientras persista la imposibilidad de comprobación, si bien durante dicho espacio temporal (mientras se resuelve el problema técnico y se puede comprobar efectivamente que el funcionario que la realizó estaba habilitado para ello), en la práctica, tampoco se le deberían reconocer plenos efectos a la misma, puesto que en caso de detectarse posteriormente que no fue un funcionario habilitado el que la realizó podría darse en la práctica la necesidad de retrotraer actuaciones.

Por tanto, en estos casos lo más correcto sería, en la práctica, suspender la tramitación del procedimiento administrativo en el cual deba surtir efectos la copia hasta que se pueda proceder a dicha comprobación, salvo que ésta devenga imposible, por ejemplo, por haber perdido el registro la información por haber sido objeto de un ataque por virus o *hacker* que hiciese imposible la recuperación de la información (lo cual es harto improbable dados los *backups* de información existentes), caso en el que, efectivamente, la copia podría devenir inválida por ser inválido el acto de fe pública, lo que, recuérdese, determina que la copia no tenga carácter de auténtica y se rija por el criterio general de libre valoración de la prueba, aunque la habilitación podría en estos casos probarse por otros medios, como mediante un requerimiento de información a la Administración que realizó la copia, acreditativo de la habilitación del funcionario correspondiente, que deberá ser objeto de respuesta dado el deber de colaboración existente entre Administraciones Públicas y en cuyo caso la copia sería perfectamente válida.

## **5. Las copias defectuosas por haber sido emitidas por un tercero no perteneciente a la Administración Pública competente. Especial referencia a los prestadores de servicios *cloud computing***

Como se ha examinado en el apartado anterior, la copia auténtica debe ser emitida por el órgano competente y el funcionario público habilitado de éste (salvo los supuestos de actividad administrativa automatizada), en aras a su perfección y eficacia.

No obstante, debe tenerse en cuenta que sería eventualmente posible la prestación de servicios de gestión documental en modo *cloud computing*, tal y como se examina en otro Capítulo<sup>567</sup>, por lo que podría plantearse por alguna Administración Pública la posibilidad de externalizar la generación de copias auténticas a través de este tipo de servicios.

A este respecto resulta cuanto menos curioso que la Guía para la aplicación de la NTIDD advierta, en su apartado 4.3.2, que “la NTIDD no hace previsiones de carácter legal y jurídico, que corresponden a la legislación” y, al mismo tiempo, siendo ya no una norma reglamentaria sino un documento de “ayuda” a la aplicación de ésta, establezca en su apartado 4.3 que “a la hora de diseñar sus propios procedimientos, la NTI no establece ninguna limitación relativa a la participación de terceros en procesos de digitalización, como puede ser por ejemplo la externalización del servicio, siendo en cualquier caso responsabilidad de la organización garantizar la integridad del documento electrónico digitalizado”.

Es decir, la Guía de aplicación de la NTIDD apunta la posibilidad, no contemplada en la LPAC ni otra disposición de rango legal o reglamentario, de externalizar servicios de digitalización que, en realidad, suponen el ejercicio de potestades administrativas, como se apuntó anteriormente.

Esta actuación claramente contravendría lo establecido en la legislación vigente, entre otros el artículo 9 del EBEP o el 27 de la LPAC, por lo que, a pesar de haber superado dicha Guía los límites admisibles de la asistencia y facilitación de la aplicación práctica de la NTIDD, afirmaciones como la transcrita no deben ser tenidas en cuenta por la

---

<sup>567</sup> Vid. Capítulo VII del presente trabajo

organización pública, so pena de generar múltiples copias inválidas que, por el mero hecho de serlo, no podrían desplegar la eficacia pretendida.

No es lo mismo, a mi entender, que personal al servicio de la Administración Pública y con la supervisión del funcionario público correspondiente al servicio de que se trate realice el proceso de digitalización, siendo este último el que conforme el documento aplicando su firma electrónica tras verificar la integridad de la copia, que externalizar dicho servicio, lo cual estimo que es, a todas luces, absolutamente improcedente.

De procederse de tal forma, externalizando la realización de las copias auténticas, se generarían en cualquier caso copias no auténticas, ya que el acto administrativo de constancia sería inexistente, por los motivos aludidos anteriormente (*vid. supra*), en definitiva, no ya por haber sido expedidas por persona absolutamente incompetente para ello, al no ostentar la condición de funcionario público por ser personal laboral, sino que el expedidor de la misma es realmente un tercero que ninguna relación ostenta con la Administración Pública, pues sin perjuicio de que la relación jurídica se base en un contrato público adjudicado conforme con la LCSP, la persona que efectivamente llevará a cabo la copia es un trabajador por cuenta ajena de dicho ente privado, por lo que no sería posible que éste realice copias auténticas válidas.

La posibilidad que podría examinarse en profundidad sería si la Administración puede llevar a cabo sus funciones de expedición de copias auténticas a través de la creación de un medio propio con la finalidad de satisfacer este tipo de necesidad gracias a sus propios medios y recursos, técnica conocida como *in house providing*<sup>568</sup>.

En este caso, la particularidad radicaría en la necesidad de asignar personal funcionario de carrera a dicho medio propio creado, para así cumplir con las exigencias de la LPAC ya examinadas anteriormente, ya que serían éstos los únicos competentes a los que asignar tales funciones.

---

<sup>568</sup> Los principales requisitos establecidos para este tipo de encargos a medios propios se recogen en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 1999 (As. C-107/98, conocida como sentencia *Teckal*, por la denominación de una de las partes de la controversia, y los criterios resultantes son también denominados así); de 18 de abril de 2007 (As. C-295/05, conocida como sentencia *Asemfo*, en la que fueron objeto de examen algunos aspectos del medio propio español TRAGSA); y de 13 de noviembre de 2008 (As. C-324/07, conocida como sentencia *Coditel Brabant*) y han sido posteriormente extendidos en las legislaciones internas de los distintos Estados Miembros (en el caso español, artículo 86 LRJSP). En la LCSP está excluido de la legislación de contratos públicos todo encargo a medio propio, artículo 6.3, motivo por el cual se trata como una cuestión delicada siempre objeto de examen.

No obstante, la necesidad de que, como mínimo, consten en el registro de funcionarios públicos habilitados aquellos que presten sus servicios en la oficina de asistencia en materia de registros *ex artículo 27.1 in fine* LPAC, supondría una clara restricción a esta opción o, al menos, exigiría la existencia en la propia Administración de estos funcionarios realizando tales funciones y, adicionalmente, el medio propio llevando a cabo el resto de copias auténticas que no exijan presencialidad por no ser de expedición inmediata, como sucede cuando un particular acude con un documento en papel y es necesaria su digitalización, caso en el que se llevaría a cabo la copia e incorporación al expediente administrativo en la citada oficina de asistencia en materia de registros.

#### **6. La copia defectuosa por adolecer de garantías suficientes de autenticidad e integridad**

Como ya se ha tenido ocasión de examinar en el presente Trabajo, las garantías de integridad, autenticidad y autoría de los documentos electrónicos en general y, por ende, de las copias electrónicas de éstos, son proporcionadas por los sistemas de firma o certificado electrónico incorporado al mismo, por lo que resulta imprescindible, como ya se ha adelantado anteriormente, que el funcionario público competente firme electrónicamente la copia, salvo que se efectúe mediante sistemas automáticos, caso en el que dicho certificado será el de sello electrónico del órgano competente para la expedición de copias.

De este modo, su ausencia impide garantizar adecuadamente la autoría, integridad y autenticidad de la copia, por lo que ésta sería defectuosa y no podría desplegar los efectos que le son inherentes, deviniendo por ende ineficaz.

Nuevamente, la inclusión de un CSV al documento, en caso de tratarse de una copia en papel, es requisito imprescindible para garantizar la autoría, integridad y autenticidad, por lo que su ausencia daría lugar, de la misma forma, a una copia defectuosa.

En relación con el sellado electrónico de tiempo, como es bien sabido no es exigida ni para los documentos electrónicos en general ni para las copias auténticas en particular por la LPAC por lo que, en principio, no resulta exigible. A diferencia de lo que se decía en relación con los documentos generados electrónicamente en origen, para los cuales

se defendía la necesidad del sellado electrónico de tiempo, sin entenderse suficiente una mera referencia temporal como exige el artículo 26.2 LPAC (*vid. supra*).

La doctrina alemana, como ROßNAGEL y NEBEL<sup>569</sup>, a pesar de que la legislación administrativa (VwVfG) no lo establece expresamente, también entiende que a las copias electrónicas se les debe incorporar un sello electrónico de tiempo avanzado (cualificado), a efectos de garantizar el momento temporal de su generación, en especial cuando se trata de documentos escaneados o digitalizados.

No obstante, dicho criterio debe ser matizado en este caso, al tratarse de la copia de otro documento, caso en que se estima que no sería un aspecto tan relevante como lo es para un documento electrónico generado originalmente en soporte electrónico, pues siempre será posterior a la fecha del documento origen y, por ende, al estar ya garantizada la autenticidad e integridad de la misma gracias a la firma o certificado electrónico (en casos de documentos originales electrónicos) o a la firma y sello manuscritos (en caso de documentos originales en soporte papel), la ausencia de sellado electrónico de tiempo, además de no haber sido exigido por la norma y, por ende, ya de por sí no provocaría defecto o irregularidad alguna en la copia, tampoco merece grave reproche al legislador, a diferencia de lo que se defendía en relación con el documento generado electrónicamente en origen, puesto que sería verificable la autenticidad del documento origen de forma certera, aunque evidentemente su inclusión hubiese sido una adición siempre bienvenida en aras a un incremento de la seguridad jurídica.

Lo que sí es necesario en todo caso, *ex* artículo 26.2 LPAC, es la inclusión, al menos, de una referencia temporal a la copia, cuya ausencia daría lugar a una copia defectuosa, subsanable de oficio o a instancia de parte.

## **7. La conversión de formato y su relación con las copias defectuosas o irregulares**

Como se ha tenido ocasión de examinar anteriormente, existe la posibilidad de efectuar una copia auténtica de un documento electrónico con o sin cambio de formato -artículo 27.3.a) LPAC-, por lo que deben examinarse aquellos aspectos relativos al cambio de formato que serían susceptibles de producir copias potencialmente defectuosas o

---

<sup>569</sup> ROßNAGEL, A. y NEBEL, M.: “Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente”, *NJW*, 2014, 886

irregulares. Tal y como dispone el apartado IV de la NTIPCACDE, la copia auténtica con cambio de formato se obtiene de la aplicación de un procedimiento de conversión entre documentos electrónicos, debiéndose cumplir las previsiones del apartado VIII de la misma.

La Guía de aplicación de la NTIPCACDE comprende varias fases, a saber: (i) planificación, (ii) conversión, (iii) validación y (iv) conformación. A tales efectos, como se ha comentado, en primer lugar, habrá de atenderse a las previsiones específicas que se hayan establecido en la Política de Gestión Documental que la Administración o ente público de que se trate haya aprobado, de conformidad con la NTIPGDE.

Una correcta planificación comprenderá los métodos y formas de realización de la conversión en función de la naturaleza de cada documento objeto de copia, con el fin de conseguir su adecuada perfección y conservación de acuerdo con la normativa de aplicación.

La conversión, de acuerdo con el apartado VIII.1 de la norma técnica, supone la generación de un nuevo documento electrónico con distinto formato o versión<sup>570</sup> tras seguir un procedimiento de gestión documental, debiendo ser el formato para el documento resultado, el más adecuado de entre las posibilidades que confiere la NTICE, con el fin principal de minimizar el riesgo de pérdida de información -apartado VIII.2.c)-, aspecto fundamental para evitar la generación de copias defectuosas, lo cual ocurriría en caso de pérdida de información relevante, mientras que la pérdida de información de escasa relevancia constituiría una mera irregularidad.

El problema radicaría en estos casos en determinar qué información debe considerarse de “escasa relevancia”, erigiéndose en concepto jurídico indeterminado, para cuya concreción habrán de seguirse las reglas de la sana crítica, reputándose así de escasa relevancia aquellos datos que sean meramente informadores y no cumplan función material, sino formal sin incidencia en otros aspectos materiales, mientras que todo

---

<sup>570</sup> La interpretación de este aspecto que se estima adecuada sería distinguir entre el cambio de formato *stricto sensu*, el cual supondría, por ejemplo, el paso de un documento con formato sólo texto (TXT) a otro con mayores posibilidades de gestión (como, por ejemplo, del tipo PDF), y el cambio de versión, que supondría una variación dentro del mismo formato, como por ejemplo, en caso de un documento multimedia, el paso de un MPEG a un MP4 (que en realidad es MPEG-4), versión éste del primero (otros formatos distintos serían el AVI, por ejemplo).

aquello que podría incidir en cuestiones de fondo sería información relevante a estos efectos.

A mayor abundamiento, el apartado VIII.2.b) exige, para la correcta realización de una copia auténtica, que se conserven el contenido, el contexto y la estructura del documento origen, además de identificar claramente los componentes de este que requieran un tratamiento específico en la conversión. Estos componentes podrían ser, por ejemplo, objetos incrustados en el documento origen, como hipervínculos o imágenes activas, para cuya conservación deberán observarse condicionantes técnicos adicionales para garantizar su ulterior consulta<sup>571</sup> también en la copia auténtica, al igual que puede hacerse en el documento origen.

El procedimiento electrónico empleado para la conversión debe garantizar el adecuado cumplimiento de la planificación previamente aprobada por la Administración o ente público de que se trate, conservando en todo caso el documento origen y pudiendo llevar a cabo la copia mediante el almacenamiento sucesivo de documentos temporales hasta la consecución del documento-copia definitivo, aspectos que son más propios de la forma de proceder del propio *software* de gestión desarrollado para ello.

Resulta acertada la previsión establecida por la Guía de aplicación de la NTIPCACDE en relación con las firmas electrónicas que pudiese contener el documento origen, puesto que en estos casos no se procedería a su conversión, sino que se procedería conforme se establece para firmas longevas en la NTIPFCA, la cual prevé en su apartado II.7.2.a), para los supuestos de archivado y custodia de las firmas y sellos electrónicos, con el fin de garantizar la fiabilidad de una firma electrónica a lo largo del tiempo, el empleo de firmas longevas, gracias a las cuales se añade información del estado del certificado asociado incorporando un sello de tiempo y los certificados que conforman la cadena de confianza. A tal fin, habrán de observarse las prescripciones del apartado IV.3 de la citada norma técnica, con el fin de dar cumplimiento a las reglas de confianza para este tipo de firmas.

---

<sup>571</sup> Téngase en cuenta que no tiene únicamente efectos prácticos administrativos, sino que puede resultar imprescindible en determinados casos a efectos de conservación patrimonial documental.



La mecánica del sistema de firmas longevas supone la inclusión, por parte del firmante, siempre que haya transcurrido en este caso el periodo de precaución o de gracia<sup>572</sup>, o del verificador, de un sello de tiempo que garantiza que el certificado era válido en el momento en que se firmó electrónicamente el documento. La inobservancia del requisito de espera en el primer caso daría lugar a una copia defectuosa, dado que no podría verificarse totalmente la vigencia de su certificado electrónico al tiempo de aplicar el sellado de tiempo.

De conformidad con el apartado IV.3.2, para la conversión de la firma electrónica a una longeva se debe verificar en primer lugar la integridad de la firma (validación), se obtendrán y almacenarán referencias a los certificados (del firmante y de la cadena de certificación, esto es, también del sello de tiempo), y a las informaciones de estado (respecto a los certificados, CRLs o respuestas OCSP), y finalmente se aplicará el sello de tiempo a las referencias a los certificados y a las informaciones de estado, de forma que quedaría correctamente efectuada la conversión. El incumplimiento de cualquiera de estas previsiones provocará que la firma longeva no sea válida y, por ende, no podría garantizarse la integridad o autenticidad de la copia, deviniendo ésta, por ende, defectuosa.

Posteriormente, en la fase de validación se procedería a contrastar el contenido de la copia en relación con el original, para comprobar que son plenamente coincidentes en contenido, contexto y estructura. Una vez validado, procedería su conformación, consistente en la introducción de los metadatos en la copia, que además de identificar correctamente el documento permite la trazabilidad del proceso de conversión llevado a cabo, así como la aplicación de la firma electrónica del funcionario habilitado ex

---

<sup>572</sup> El periodo de precaución o de gracia se regula en el apartado IV.1.5 de la NTIPFCA, debiendo ser objeto de la política de firma y sello electrónicos que haya aprobado la Administración -la cual está orientada, por su propia naturaleza, a un ámbito o contexto concreto, de carácter horizontal, no a una organización, ya que para normalizar aspectos meramente técnicos en una determinada organización se debe optar por un instrumento distinto, como instrucciones técnicas internas o directrices de aplicaciones ex apartado II.5.1.b)-, y supone el plazo comprendido entre la realización de la firma electrónica y el tiempo máximo permitido para el refresco completo de las *Certificate Revocation Lists* (CRL) o listas de revocación de certificados o el de actualización de estado del certificado en el servicio *Online Certificate Status Protocol* o protocolo en línea de estado del certificado (OCSP), pudiendo variar de un prestador de servicios de confianza a otros, aspecto que habrá de tenerse en cuenta. Esta ventana temporal garantiza que el certificado electrónico del firmante, quien además pretende aplicar un sello de tiempo para establecer una firma longeva, no ha sido revocado en el periodo comprendido entre la aplicación de la firma y la del sello temporal correspondiente a la longeva.

apartado VIII.3 en relación con los anteriores III y IV de la NTIPCACDE para garantizar la integridad y autenticidad del documento, de conformidad también con la NTIDE.

## **CAPÍTULO VII: LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS Y SU INCIDENCIA EN LOS ACTOS Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS**

### **1. Especialidades de los posibles defectos o vicios en que pueden incurrir los documentos y actos administrativos electrónicos dictados mediante sistemas automáticos: la actividad administrativa automatizada**

#### **1.1. Concepto**

Aunque la actividad administrativa automatizada no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico, el desarrollo del fenómeno tecnológico en las Administraciones Públicas ha permitido la implantación de nuevas formas de dictar actos administrativos, consiguiendo con ello un cumplimiento más satisfactorio del principio de eficiencia proclamado por el artículo 103.1 de la Constitución Española, al permitir que aquellos actos administrativos de mera gestión que no requieren de desarrollo intelectual para su generación sean dictados por sistemas informáticos y el personal que tradicionalmente se encargaba de los mismos pueda ser destinado a otras funciones. A pesar de tratarse de una norma reglamentaria aun en tramitación, debe referirse que el artículo 9.1 PRDLPAC-RJSP establece un orden de prelación que toda la actividad administrativa, con carácter general, debe observar, debiendo desarrollarse de la siguiente forma:

- a) Automatizada: cuando los criterios en los que se fundamente la decisión, en relación con la información de soporte, puedan ser objeto de tratamiento informatizado y no exija la intervención directa de un empleado público, caso en el que dicha decisión, ex artículo 9.2 PRDLPAC-RJSP, deberá ser adoptada por resolución del titular del centro directivo competente por razón de la materia o del titular del organismo o entidad de derecho público, según corresponda, y se publicarán en la sede electrónica.
- b) Colectiva: cuando el análisis de la información que dé soporte a la decisión permita calificar a los expedientes mediante atributos que sirvan de base

para que el empleado público pueda realizar la actuación sobre un colectivo de expedientes con atributos comunes.

- c) Individual: cuando no sea posible analizar informáticamente el contenido de la información de soporte a la decisión, porque no se pueda traducir a una regla para su automatización o a un atributo que clasifique el expediente para su tramitación colectiva, o bien porque las condiciones del expediente así lo aconsejen, atendiendo a las circunstancias especiales que puedan concurrir en este último caso.

Por tanto, esta regulación obedece a las necesidades concurrentes en la tramitación electrónica de procedimientos administrativos en relación con la eficiencia: si el mismo puede tramitarse de forma automatizada será la opción principal, tratándose conjuntos de expedientes simultáneamente en caso de no ser susceptibles de automatización, pero sí lo sean para la tramitación conjunta y, en caso de no ser posibles ninguna de las dos variantes, se acudirá a la tradicional tramitación individual del procedimiento administrativo.

Por su parte, en la anteriormente vigente LAE existían dos previsiones bien diferenciadas en materia de actividad administrativa automatizada que fueron ampliamente tratadas por autores como MARTÍN DELGADO<sup>573</sup> o PALOMAR OLMEDA<sup>574</sup>, concretamente en su artículo 39 se establecían los requisitos que debía cumplir: “en caso de actuación automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”, y en el artículo 38 que lo precedía, se establecía el supuesto específico consistente en la posibilidad de terminación del procedimiento mediante un acto administrativo automatizado, con el siguiente tenor literal: “podrán adoptarse y notificarse resoluciones de forma automatizada en aquellos procedimientos en los que así esté previsto”.

---

<sup>573</sup> MARTÍN DELGADO, I.: “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, nº 180, 2009, pp.353 y ss.

<sup>574</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: “Gestión electrónica de los procedimientos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de...*, *op. cit.*, pp. 650 y ss.

Como puede apreciarse, la generación de actos administrativos de forma automatizada se reguló tempranamente en el ordenamiento jurídico español, mientras que el alemán por ejemplo lo hizo posteriormente al introducir el §35a VwVfG mediante la Ley de Modernización del procedimiento administrativo de 18 de julio de 2016<sup>575</sup>, con el objetivo también de mejorar la eficiencia administrativa y reducir costes, como han afirmado SCHMID<sup>576</sup>, SCHMITZ y PRELL<sup>577</sup>.

Como evidente y práctico ejemplo de terminación del procedimiento mediante un acto administrativo automático puede traerse a colación la resolución de adjudicación de un contrato administrativo que ha seguido el procedimiento de subasta electrónica, que es definido por el artículo 143.1 LCSP, como “un proceso electrónico repetitivo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automatizados, debiendo velarse por que el mismo permita un acceso no discriminatorio y disponible de forma general, así como el registro inalterable de todas las participaciones en el proceso de subasta”.

En el actualmente vigente artículo 41 LRJSP se regula nuevamente la actividad administrativa automatizada, con ciertas diferencias respecto a la regulación anterior. El citado precepto define la actuación administrativa automatizada en su primer apartado como “cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”, mejorando la anterior definición de la LAE.

De dicha definición se pueden extraer, siguiendo a BAUZÁ MARTORELL<sup>578</sup>, los elementos que caracterizan a la actividad administrativa automatizada, a saber:

---

<sup>575</sup> Concretamente el artículo 20 de la *Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens*, (BGBl 2016, 1679) cuya entrada en vigor se produjo el pasado 1 de enero de 2017.

<sup>576</sup> SCHMID, A.: “Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts (§ 35a VwVfG) sowie die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts über öffentlich zugängliche Netze (§ 41 Abs. 2a VwVfG)”, *jurisPR-ITR* 3/2017, Anm. 2

<sup>577</sup> SCHMITZ, H. y PRELL, L.: “Neues zum E-Government”, *NVwZ* 18/2016, pp. 1273-1280

<sup>578</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J.: “Identificación, autenticación y...”, *op. cit.*, pp. 788 y ss.

- a) Elemento objetivo: la actividad administrativa automatizada puede comprender cualquier acto o actuación de la Administración Pública.
- b) Elemento subjetivo: dicho acto o actuación es realizada por una Administración Pública lo cual, a tenor de la definición contenida en el artículo 2.3 LRJSP, deben considerarse como tales a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2, esto es, cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
- c) Elemento formal: debe tratarse de una actuación administrativa realizada íntegramente por medios electrónicos, en el seno de un procedimiento administrativo concreto.

La correcta conjunción de tales elementos hace que nos encontremos en presencia de una actividad administrativa automatizada válidamente adoptada, si bien habrán de examinarse otros aspectos relativos a sus requisitos para detectar si la actuación administrativa adolece de algún defecto.

## 1.2. Requisitos

Por su parte, el artículo 41.2 LRJSP establece los requisitos de carácter técnico que debe reunir la actuación administrativa automatizada, que son:

- Previa determinación del órgano competente para la definición de los siguientes aspectos:
  - i) Especificaciones
  - ii) Programación
  - iii) Mantenimiento
  - iv) Supervisión
  - v) Control de calidad
  - vi) Auditoría del sistema de información y de su código fuente
- Determinación del órgano responsable a efectos impugnatorios.

En materia de generación automática de actos administrativos, debe tenerse en cuenta que, en la administración electrónica, los elementos generalizadamente aceptados que deben reunir todos los actos administrativos deben trasladarse a un plano informático, de forma que una correcta programación es fundamental para que el sistema sea sostenible desde el punto de vista de la validez de los actos. Por ende, los elementos subjetivo, objetivo, teleológico y formal se deben dar también en los actos administrativos dictados automáticamente, precisando BAUZÁ MARTORELL<sup>579</sup> la importancia del órgano que dicta el acto y su exteriorización.

Igualmente, teniendo en cuenta todos los requisitos que el artículo 26.2 LPAC exige a los documentos administrativos electrónicos, también deben ser tenidos en cuenta si se trata de generar una tipología documental mediante sistemas automáticos.

Para que en ambos casos la actividad administrativa automatizada sea una realidad, es necesaria, como apunta BARRIUSO RUIZ<sup>580</sup>, una verdadera ingeniería documental, para así poder integrar los documentos electrónicos en el proceso de automatización.

Así, un documento o acto administrativo podrá ser dictado automáticamente en soporte electrónico si existe previamente un programa con unas especificaciones concretas, debidamente programado para cada procedimiento administrativo, según las particularidades de cada caso. A pesar de que el artículo 41 LRJSP no lo exige expresamente, a diferencia de la anterior regulación<sup>581</sup>, dicho programa debería ser aprobado por el órgano responsable a efectos de impugnación de la actividad administrativa, tal y como sí prevén diversas normativas sectoriales. Así sucede en el ámbito tributario, en el que se regula la cuestión en el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (artículo 85.1 con previsión de publicación y difusión de tales programas en el apartado 2 del mismo precepto) o en el ámbito social, que lo hace en el caso del Instituto Nacional de la Seguridad Social

---

<sup>579</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J.: "Identificación, autenticación y...", *op. cit.*, p. 790

<sup>580</sup> BARRIUSO RUIZ, C.: "El documento electrónico, especial referencia a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos", en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *Administración electrónica. La...*, *op. cit.*, p. 633

<sup>581</sup> Así lo manifiesta NAVARRO GONZÁLEZ, R.M.: *La motivación de los actos administrativos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 473-475

mediante Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social (apartado segundo).

Pero no únicamente los programas deben ser objeto de publicación, sino que para una adecuada garantía de transparencia a los ciudadanos debe proporcionarse información también acerca de las características de tales programas y su programación, a fin de que cualquier interesado pueda hacer valer sus derechos en caso de una eventual impugnación del acto resultante de la actividad administrativa automatizada, ya que únicamente a través de tales aspectos es posible inferir, por parte del destinatario de un documento o acto administrativo, la lógica que ha seguido el programa informático a la hora de generarlo.

En este sentido, para algunos autores como PALOMAR OLMEDA<sup>582</sup>, la aprobación de una aplicación que tenga carácter decisorio (pues otras aplicaciones son meramente de gestión procedimental interna) adquiere la condición de norma habilitante para este tipo de actuación, garantizando que la actuación se produce conforme con criterios de legalidad y, por ende, constituye una garantía frente a la actuación de la Administración, por lo que, de dictarse un acto administrativo automáticamente sin dicha previa aprobación, estaría viciado de nulidad de pleno Derecho por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En defensa de la nulidad absoluta por incurrir la Administración incluso en vía de hecho en caso de falta de aprobación de los programas y aplicaciones también se encuentra MARTÍN DELGADO<sup>583</sup>, para quien en estos casos no existe control por parte del órgano competente para resolver.

En mi opinión, sería incluso defendible apreciar ausencia de motivación en estos casos, ya que no resulta posible comprobar los elementos tenidos en cuenta por la Administración a la hora de dictar el acto si no hay una disposición que aprueba la actividad administrativa automatizada y regula su funcionamiento interno, opinión que

---

<sup>582</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa...*, op. cit., p. 289

<sup>583</sup> MARTÍN DELGADO, I.: "Naturaleza, concepto y...", op. cit., pp. 360 y ss.



también mantiene MENÉNDEZ SEBASTIÁN<sup>584</sup>, si bien la autora lo excepciona en aquellos casos en que se pueda demostrar que tal circunstancia no ha mermado ni perjudicado la decisión adoptada que se ha confeccionado conforme a Derecho, aunque este aspecto, como bien indica la misma de acuerdo con PALOMAR OLMEDA<sup>585</sup>, implicaría una transmutación de la presunción de validez.

De igual forma, en caso de generarse un documento administrativo electrónico, habría de examinarse si su contenido debe atender a determinados criterios que deben ser previamente aprobados o si, por el contrario, se basa en una mera recopilación de datos procedentes de una base de datos pública y es objeto de plasmación documental, casos en los que la ausencia de aprobación previa, si los datos coinciden con la realidad, no incurriría en defecto o irregularidad alguna.

Y es que, como ya venía adelantándose en la Introducción, en el seno de la administración electrónica, ciencia jurídica y técnica se unen para formar un solo espacio de trabajo eficaz, pero a la vez complejo, en el que ambos aspectos son ya inescindibles y, por tanto, el jurista que pretenda comprender la nueva forma de trabajar la Administración deberá comprender, al menos, los aspectos básicos de la tecnología que aquélla aplica en su actividad administrativa diaria que, como ya se sabe, es eminentemente electrónica tras la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40/2015.

Por último, destacar la relevancia de la auditoría de los sistemas empleados para la actividad administrativa automatizada puesto que, de conformidad con el apartado III.1 de la Resolución de 27 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de Auditoría de la Seguridad de los Sistemas de Información, la auditoría de seguridad es un proceso sistemático, independiente y documentado, para la obtención de evidencias y su evaluación objetiva, con el fin de determinar el grado de conformidad con el ENS del sistema de información auditado y que permite a sus responsables adoptar las medidas oportunas para subsanar las deficiencias y atender a las observaciones o recomendaciones que pudiera haber identificado el Equipo Auditor y, en su caso, posibilitar la obtención de la correspondiente Certificación de Conformidad, tal y como dispone la Instrucción Técnica

---

<sup>584</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.: *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 106

<sup>585</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa...*, op. cit., pp. 276 y ss.

de Seguridad de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, regulada por Resolución de 13 de octubre de 2016, del Secretario de Estado de Administraciones Públicas.

De incumplirse la obligación de efectuar las correspondientes auditorías preceptivas, las consecuencias podrían ser invalidatorias para el acto administrativo resultante de la actividad administrativa automatizada no auditada, concretamente podría devenir inválido en grado de anulabilidad, al igual que sucede actualmente al imponerse una sanción a través de la intervención automática de radares de tráfico, que no son sino un ejemplo más de actividad administrativa automatizada, cuyos dispositivos deben pasar también controles periódicos para verificar que su funcionamiento sigue siendo correcto y, en caso contrario, la sanción resulta anulable; no nula, por supuesto, como sucede en supuestos de ausencia de homologación o certificado de verificación de cinemómetros, en los que dicha omisión acarrea la nulidad absoluta precisamente por generar indefensión en el seno de un procedimiento administrativo sancionador y las particularidades de éste<sup>586</sup>.

En este sentido, debe afirmarse que sólo a través de un efectivo control preventivo pueden detectarse las temidas brechas de seguridad que pongan en peligro no sólo los servicios prestados mediante actividad administrativa automatizada, sino también la validez de los actos y documentos administrativos generados en su seno y, adicionalmente, los datos personales de los ciudadanos que obran en poder de la Administración, siendo relevante a estos efectos la figura del Delegado de Protección de Datos que las Administraciones Públicas deberán designar, de acuerdo con el artículo 37 RGPD, quién en la práctica deberá velar también por el cumplimiento de los requisitos de seguridad exigibles a la actividad administrativa automatizada.

### 1.3. Especial referencia a la competencia

La competencia administrativa se encuentra en estrecha relación, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>587</sup>, con la capacidad de las Administraciones Públicas y el principio de

---

<sup>586</sup> Como examina, entre otras, la sentencia 11/2005, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de enero (JUR 2005\118912, rec. nº 2353/1998)

<sup>587</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 464-468

legalidad. Así, para el autor, la capacidad jurídica de Derecho Público de una Administración coincide con las potestades administrativas que le ha atribuido el ordenamiento jurídico, por lo que las competencias administrativas que tenga atribuidas determinan su capacidad de obrar, no pudiendo en ningún caso excederse de la atribución legalmente conferida.

En materia de actividad administrativa automatizada la competencia se puede clasificar, como proponen ALAMILLO DOMINGO y URIOS APARISI<sup>588</sup>, entre la competencia para automatizar y la competencia para determinar cómo automatizar.

En primer lugar, para los autores, la competencia para automatizar supone una *cuasi* libre decisión por parte del órgano competente, que debe decidir sobre la base de criterios de valoración de riesgos y, a mi juicio, también de eficiencia en la actividad de los poderes públicos, qué actos administrativos son susceptibles de automatización.

El que suscribe es de la opinión de que dicha decisión debe adoptarse sobre la base de la teoría de las potestades regladas y discrecionales, por ello la anterior introducción de la latina acepción “*cuasi*” ya que, de acuerdo con MARTÍN DELGADO<sup>589</sup>, decisiones que impliquen una actividad intelectual de valoración subjetiva no serán susceptibles de automatización, mientras que aquellos actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades regladas cuyo resultado es, sin más, la aplicación de una regla automatizable serán, en consecuencia, susceptibles de automatización<sup>590</sup>.

Como puede apreciarse de la regulación existente, adquieren especial relevancia tanto la competencia del órgano que debe establecer los requisitos para la puesta en funcionamiento de un sistema de información en materia de administración electrónica, como la competencia a efectos de que el ciudadano o administrado pueda ejercitar adecuadamente sus derechos a recurrir las decisiones adoptadas automáticamente.

---

<sup>588</sup> ALAMILLO DOMINGO, I. y URIOS APARISI, X.: *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Escuela de Administración Pública de Cataluña, 1ª ed., 2011, pp. 20-21

<sup>589</sup> MARTÍN DELGADO, I.: “Naturaleza, concepto y...”, *op. cit.*, pp. 353-586, en especial p. 360

<sup>590</sup> Un ejemplo de ambos supuestos bastante claro sería, en materia de contratación pública y a título meramente gráfico en el seno de los criterios de adjudicación regulados en el artículo 146 LCSP, la valoración de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor, que al requerir actividad intelectual no sería susceptible de automatización, mientras que los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas (matemáticas) sí lo serían, siempre y cuando éstas estén debidamente determinadas y publicadas previamente en la correspondiente documentación que rija la licitación.

La doctrina<sup>591</sup> apunta además un tercer nivel de competencia, consistente en aquélla que percibe el ciudadano, percepción que no debe diferir del supuesto en que se hubiese llevado a cabo por medios tradicionales y que tiene su proyección en la forma en que aquéllos pueden recurrir la decisión administrativa adoptada automáticamente. Esto, a mi parecer, son dos cuestiones distintas más que un tercer nivel de competencia: la primera es una manifestación del principio de equivalencia funcional e incluso de soportes, en cuya virtud se garantizaría un mismo valor probatorio a un acto administrativo dictado de forma tradicional que a otro dictado por medios automáticos; y, el segundo, se identifica más como el derecho del ciudadano al recurso frente al acto en vía administrativa aun dictándose automáticamente, lo cual no deja de ser nuevamente una manifestación de la equivalencia defendida.

En segundo lugar, la competencia para determinar cómo automatizar se identifica, siguiendo nuevamente a los autores citados anteriormente, con la instrumentalización de la automatización ya previamente decidida en cuanto a qué actos (o procedimientos, añadiría) automatizar, de forma que se concreten las condiciones jurídico-técnicas de la programación.

En este punto son relevantes, por ejemplo, los sistemas de identificación o firma electrónicas que tenga incorporado el acto dictado automáticamente, toda vez que, en función del órgano competente para dictarlo, llevará aparejada una firma o sello electrónico, según el acto o actuación administrativa concreta de que se trate.

En relación con la cuestión de la competencia orgánica *stricto sensu*, en caso de ser manifiesta el artículo 47.1 de la LPAC, al enumerar los tasados supuestos de nulidad absoluta, prevé tal sanción en su apartado b) para aquellos actos “dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”, mientras que de no serlo se regiría por la anulabilidad del artículo 48.1 LPAC.

Todo ello, sin perjuicio de que una modificación normativa en esta materia sería más que deseable en aras a la verificación del principio de seguridad jurídica y legalidad en relación con la ausencia de competencia en la actuación administrativa automatizada pues, como se ha visto, existe un cambio de paradigma al introducirse diferentes niveles de competencia que no abarcan únicamente el momento de dictar el acto, sino que

---

<sup>591</sup> ALAMILLO DOMINGO, I. y URIOS APARISI, X.: *La actuación administrativa...*, op. cit., p. 20-21

también alcanzan los momentos previos de decisión de automatización y el proceso adoptado de automatización mismo.

Por último, un acto podría estar viciado por haberse dictado por medios automáticos cuando la decisión requiere la intervención del elemento intelectual, lo cual podría constituir un motivo de nulidad de pleno Derecho ex artículo 47.1.e) LPAC por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ya que si el acto dictado requiriese una valoración o juicio de valor y se ha dictado automáticamente, va de suyo que no podría haberse evaluado siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

#### 1.4. Ausencia o defecto de los requisitos de la actividad administrativa automatizada

El resto de vicisitudes que pueden acaecer en la formación de un acto o documento administrativo electrónicos dictados de forma automática y que deberán ser aprobados y generados por el órgano que se haya declarado competente, esto es, aquellos defectos de carácter material en la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente, podrán dar lugar a un acto viciado o a un documento defectuoso, según la relevancia del vicio y aquellos elementos del acto o documento a los que afecte.

En este sentido, como es bien sabido, la LAE no determinaba el instrumento normativo que debía, en la práctica, habilitar el funcionamiento de la actividad administrativa automatizada, omisión que se reitera en la actualmente vigente LRJSP como ha advertido BAUZÁ MARTORELL<sup>592</sup>, si bien coincido plenamente con MARTÍNEZ GUTIÉRREZ<sup>593</sup>, para quien dicho instrumento debe ser de naturaleza reglamentaria, puesto que se trata de la potestad autoorganizativa interna de las Administraciones Públicas, algunos de cuyos aspectos (en especial en caso de ausencia de dicha normativa) fueron comentados en el apartado anterior.

---

<sup>592</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J.: “Identificación, autenticación y...”, *op. cit.*, p. 790

<sup>593</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica...*, *op. cit.*, p. 590

Dicha reglamentación dará lugar, en la práctica, a lo que GAMERO CASADO<sup>594</sup> denominó (si bien refiriéndose al carácter no básico de determinados preceptos de la entonces vigente LAE) una centrifugación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, permitiendo que meras disposiciones reglamentarias puedan determinar decisivamente el régimen jurídico de la administración electrónica, aunque quizás dicha centrifugación esté más justificada en esta actividad administrativa automatizada, toda vez que el abanico de procedimientos existente en cada Administración Pública puede exigir especialidades en cada caso concreto que no se den en otros ámbitos y, por ende, puede ser contraproducente generalizar *in extremis* los aspectos comunes de la automatización, llegando al punto de no permitir su adecuada personalización en cada caso concreto.

Por su parte, en relación con una eventual falta de mantenimiento, supervisión, control de calidad y auditoría del sistema de información y su código fuente por parte de la Administración, en principio en sí mismo no sería más que un incumplimiento de sus deberes legalmente impuestos, salvo que de tales incumplimientos se deriven defectos o vicios en los actos administrativos dictados sobre la base de un sistema automatizado incorrecto, lo cual habría de examinarse casuísticamente para determinar las consecuencias que dicho incumplimiento conllevarían en el plano de la validez del acto o de la perfección del documento. Sería incluso conveniente reconocer el derecho o la facultad de los ciudadanos de exigir el cumplimiento de este tipo de obligaciones siguiendo la vía del recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración ex artículo 29.1 de la LJCA, para evitar así que la dejadez de la propia Administración haga de la administración electrónica, en la práctica, una utopía, como desgraciadamente sucede a veces.

Ahora bien, en relación con la anteriormente citada programación de la actividad administrativa automatizada, la misma está estrechamente vinculada con los aspectos técnico-jurídicos exigibles y aplicables a la misma e incide de forma más directa en los documentos y actos administrativos que se generan por los sistemas informáticos erróneamente programados, por lo que una inadecuación de la misma daría lugar, con

---

<sup>594</sup> GAMERO CASADO, E.: “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley 11/2007”, en AA.VV.: *La protección de datos en la administración electrónica*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 131

la actualmente regulación de la validez de los actos administrativos, a una posible anulabilidad del acto, ya que según se estudió en el Capítulo correspondiente<sup>595</sup> los supuestos de nulidad de pleno Derecho son tasados y la regla general es la anulabilidad y, en este supuesto, lo que sucede en la práctica es que el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin e incluso podría producir indefensión, motivo por el cual debe graduarse de esta forma. En el caso de la perfección de los documentos, originaría un defecto en los mismos que los privaría de eficacia, principal consecuencia de la producción de un documento defectuoso.

Esta disfunción puede dar lugar a que un defecto en el origen o nacimiento jurídico de un acto administrativo automatizado, de tal calado que incidiese en los aspectos más básicos del mismo, pudiesen incluso quedar subsanados por el mero transcurso del plazo de cuatro años sin impugnación, dada la prescriptibilidad que caracteriza a la nulidad relativa.

Por ejemplo, un acto de adjudicación de un contrato derivado de un acuerdo marco a través del procedimiento de subasta electrónica viciado por un defecto en la programación del sistema informático no sólo permitiría desplegar efectos durante el plazo de cuatro años de la anulabilidad sino que, dado que la vigencia máxima del acuerdo marco es de cuatro años pero durante dicho plazo pueden adjudicarse contratos derivados del mismo, de adjudicarse un nuevo contrato en la fase final de vigencia de aquél se podría superar el precitado plazo de cuatro años sin posibilidad de atacar el citado acto viciado.

Actualmente, el supuesto de defectos de gravedad en la programación o código fuente no está expresamente contemplado. Entendemos que puede ser un vicio de nulidad cuando los defectos sean sumamente graves, por corresponderse con el supuesto del artículo 47.1 e) LPAC, al prescindirse del procedimiento legalmente establecido, en tanto que, si los defectos no son graves y se adoptan decisiones materialmente contrarias al marco normativo, el acto automático sería meramente anulable.

No obstante, para mayor claridad del régimen jurídico, se considera necesaria la expresa regulación de las causas de nulidad absoluta de Derecho Administrativo en el sentido de incluir un nuevo supuesto de nulidad radical de los actos administrativos por defectos

---

<sup>595</sup> Vid. Capítulo II, apartados 4 y 5

de gravedad en la programación del sistema de información o del código fuente de los sistemas informáticos en virtud de los cuales se dictó el mismo, toda vez que, a mayor abundamiento, la programación en la mayoría de los casos es la única forma de comprobar la motivación misma de los actos administrativos automáticos por cuanto, a través de su examen, podría determinarse si la actuación administrativa responde o no a los fines de interés general que tienen encomendados las Administraciones Públicas.

### 1.5. Breve referencia a la motivación

La motivación de los actos administrativos dictados automáticamente es una cuestión crucial que ya ha advertido NAVARRO GONZÁLEZ<sup>596</sup>, para quien la motivación tradicional del acto administrativo se integra en el mecanismo de producción de la actuación administrativa automatizada, concretamente en la programación constituyendo el programa informático empleado, por tanto, un requisito técnico que recogerá la motivación del acto administrativo automatizado.

Y es que el programa informático no actúa de forma autónoma *ab initio* como si de un ente con capacidad volitiva propia se tratase pues, previamente a su puesta en funcionamiento, es el ser humano el que, gracias a los códigos de programación, lo elabora y configura para la adecuación a las necesidades propias de cada procedimiento administrativo en el que va a ser ejecutado.

Como ha tenido ocasión de afirmar ARANA GARCÍA<sup>597</sup> al examinar la indefensión como vicio de invalidez, el procedimiento administrativo es bastante más que un mero cauce formal para la aprobación de un acto administrativo teniendo el mismo, por tanto, carácter meramente instrumental, quien además apunta a la necesidad de que la jurisprudencia siga reforzando la línea jurisprudencial que aprecia la capacidad o trascendencia anulatoria de la comisión de determinados vicios procedimentales por la Administración<sup>598</sup>.

---

<sup>596</sup> NAVARRO GONZÁLEZ, R.M.: *La motivación...*, *op. cit.*, pp. 463-476, especialmente p. 473

<sup>597</sup> ARANA GARCÍA, E.: "La indefensión como vicio de invalidez de los actos administrativos", en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 1991 y ss.

<sup>598</sup> ARANA GARCÍA, E.: "La indefensión como...", *op. cit.*, p. 2005



Por tanto, afirmada su relevancia en el ámbito de la automatización, la motivación del acto resultante se podrá colegir en función de dos aspectos fundamentales: la prueba documental de la programación y la auditoría de los sistemas.

En primer lugar, la prueba documental de cómo se ha llevado a cabo la programación permite el previo conocimiento de todas aquellas particularidades que el programa informático ha tenido en consideración a la hora de dictarlo. Por poner un ejemplo que podría ser análogo, sería como la previa publicación del baremo a utilizar en la adjudicación de una plaza en una oposición para el acceso a un cuerpo de funcionarios públicos, caso en el que dicha información sirve de soporte o prueba del criterio material empleado (o que se debió emplear) en la posterior decisión que se adopte. En relación con la prueba documental, para MARTIN DELGADO<sup>599</sup>, si bien refiriéndose a la anterior regulación, en supuestos en que se da una ausencia de aprobación de los programas y aplicaciones a emplear por el sistema de información para la actuación automatizada, al implicar una ausencia de control por parte del órgano que tiene encomendado el ejercicio de la competencia decisoria, constituiría vía de hecho de la Administración, mientras que la mera falta de su publicación constituiría una irregularidad formal que no implicaría la invalidez de la actuación salvo en caso de causar indefensión al destinatario de la misma, al no poder conocer los criterios técnicos y jurídicos empleados por la aplicación informática para la adopción de la resolución. Desaparecidas ambas exigencias en la normativa vigente, entendemos que la primera de ellas (aprobación de la programación por parte del órgano competente) debe resultar de aplicación, mientras que la mera ausencia de su publicación no originaría actualmente consecuencia jurídica alguna. Bastará, en su caso, de ser requerido por un tercero, con que se le proporcione prueba de la aprobación de tales aplicaciones que sustentan la programación y, por ende, la actividad administrativa automatizada, a efectos de acreditar su existencia y la competencia del órgano que las aprobó.

En segundo lugar, la motivación también se podrá determinar a partir de la preceptiva auditoría de la programación, ya que ésta verificaría el adecuado funcionamiento del sistema, esto es, de la adecuación a la legalidad formal del mismo, proporcionando así

---

<sup>599</sup> MARTÍN DELGADO, I.: “Naturaleza, concepto y...”, *op. cit.*, pp. 382-383

seguridad jurídica al sistema automatizado y permitiendo así garantizar que la programación se ha aplicado de forma correcta.

En definitiva, la eventual defensa del propio interesado frente a un acto dictado mediante un sistema automático pasa por conocer las vicisitudes electrónicas en la que se basa la actividad administrativa automatizada para así poder fundamentar no sólo jurídica, sino también técnicamente, la impugnación de una determinada decisión administrativa.

#### 1.6. Vicios en el funcionamiento de los sistemas automatizados

En relación con los vicios que pueden originarse en el funcionamiento de los sistemas automáticos, deben distinguirse aquellos originados deliberadamente o de forma involuntaria, pero en cualquier caso provocando un sesgo en la decisión administrativa, de aquellos inevitables, por condicionantes técnicos, que provocan la imposibilidad del sistema de llegar a una solución jurídicamente aceptable, como a continuación se expondrá.

##### *1.6.1. Error en la programación*

El error en la programación previa se originaría al establecerse una programación inadecuada, voluntaria o involuntariamente, de forma que la decisión administrativa resultante de su aplicación no sería ajustada a Derecho, al no haberse aplicado la correcta programación y conduciendo, por tanto, a una resolución desacertada, que resulta arbitraria, o bien que se aparta de los criterios normativamente establecidos para adoptar la decisión.

Así, el presente supuesto sería equivalente a la aplicación de criterios ilícitos por parte de personas humanas como, por ejemplo, sucedería en caso de efectuarse una baremación incorrecta (para el otorgamiento de una beca o la adjudicación de un contrato) que condiciona el acto administrativo. Al igual que en tales supuestos, que constituyen vicios de alcance material que encajan en la causa de anulabilidad establecida en el artículo 48.1 LPAC, al traducirse en actos contrarios al ordenamiento jurídico por razones materiales (indebida aplicación de los criterios de la decisión),

sucedería cuando, en lugar de aplicarse los criterios por personas humanas, es un proceso automatizado el que lo realiza.

En consecuencia, este sería uno de los escasos supuestos en que se originaría la anulabilidad del acto por vicios materiales ex artículo 48 LPAC, ya que la mayoría de los supuestos de invalidez en materia de administración electrónica, como se ha comprobado, lo son por razones formales.

Debe distinguirse este supuesto del fallo del sistema, que no llega a funcionar adecuadamente y, como consecuencia de ello, se adopta una decisión materialmente injusta: por ejemplo, en una subasta electrónica, calificando como mejor oferta a la que en realidad no lo es.

Este supuesto de fallo del sistema daría lugar, en definitiva, a la invalidez del acto también por vicio material, debiendo por tanto considerarse con alcance invalidante, abarcado por el artículo 48.1 LPAC.

#### *1.6.2. Incapacidad del algoritmo*

En segundo lugar estaría el supuesto consistente en la imposibilidad de establecer un algoritmo matemático para su aplicación en la programación previa que proporcione una solución exenta de errores. Estos supuestos podrían darse en aquellos casos en los que se deben adoptar decisiones sobre la base de valoraciones en las que resulta necesario proceder a tal cantidad de operaciones matemáticas que no se dispone de capacidad para programar el algoritmo correspondiente. Por ejemplo, cuando en procedimientos de naturaleza competitiva concurre un elevado número de solicitudes y diversos criterios de valoración cruzados, para los que, en ocasiones, no resulta posible desarrollar algoritmos matemáticos que resuelvan adecuadamente el total de variables, y por consiguiente, son incapaces de establecer una solución justa, a pesar de ofrecer un resultado matemática o lógicamente correcto, pero siempre con un margen de injusticia que resulta imposible depurar por incapacidad del sistema.

Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos de adjudicación de plazas en el acceso a titulaciones universitarias, particularmente en Comunidades Autónomas muy pobladas (y con muchas titulaciones en su mapa), en los cuales, además de concurrir un elevadísimo número de solicitudes que deben ser objeto de automatización y, por ende,

de aplicación del algoritmo en que se basa la programación previa, existen numerosas variables como las distintas opciones o preferencias de acceso que cada estudiante consigna en su solicitud, las cuales deben aplicarse en conjunción con la puntuación de acceso obtenida y de manera cruzada entre todas las solicitudes.

Pues bien, en tales supuestos puede resultar difícil y, por ende, no siempre será posible garantizar, con la mera aplicación de algoritmos matemáticos, una solución justa, pues podrían darse supuestos en los que la resolución de adjudicación resulte contraria a la equidad o ser injusta por concederse una plaza a una persona en una opción no preferente cuando realmente le correspondería obtenerla en otra titulación de superior preferencia<sup>600</sup>.

En definitiva, nos encontramos asimismo en un supuesto de invalidez material encuadrable en el artículo 48.1 LPAC, por lo que la resolución podría resultar anulable por motivos materiales ya que, como se viene afirmando, aunque la decisión sea matemática o lógicamente correcta, el grado de injusticia que se oculta tras dicha apariencia de justa legalidad aritméticamente correcta resulta de relevancia jurídica y debe provocar la invalidación de la decisión por razones de justicia material.

#### 1.7. Especialidades de la firma electrónica en la actividad administrativa automatizada y su incidencia en documentos y actos administrativos electrónicos

Debe tenerse en cuenta que, en estos procesos, debe aplicarse un sello electrónico determinado en el desarrollo de la actividad administrativa automatizada, que deberá alojarse en el dispositivo electrónico encargado de la automatización de aquélla, con la finalidad principal de acreditar la condición del órgano administrativo que actúa y garantiza la validez del acto dictado o de la actuación llevada a cabo.

---

<sup>600</sup> Este tipo de situaciones injustas no son nuevas, pues ya se daban en sorteos para la adjudicación de plazas a estudiantes al emplear los apellidos, lo cual ha sido objeto de estudio por MARTÍNEZ PINILLA, R.: “Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos”, *TEMat*, nº 2, 2018, pp. 1-13 (artículo accesible a través del enlace: <https://temat.es/articulo/2018-p1/>), en el que se proponen algunas soluciones matemáticas para minimizar las probabilidades de llegar a situaciones injustas, sin ser posible erradicarlas totalmente.

El artículo 42 de la LPAC establece los sistemas de firma admitidos para la actividad administrativa automatizada, fundamentalmente dos:

- a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado (siempre y cuando cumpla los requisitos de la legislación de firma).
- b) Código Seguro de Verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, debiendo permitirse en este caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente.

En ambos casos la actuación administrativa automatizada sería válida, y es cada Administración Pública la que debe determinar, en la Política de Firma Electrónica que debe aprobar conforme a lo dispuesto en la NTIPFECA, en qué supuestos concretos debe emplearse un sistema u otro, a efectos de otorgar mayor seguridad jurídica tanto a los ciudadanos como a los responsables de dicha automatización.

En relación con el código seguro de verificación, la doctrina<sup>601</sup> ha advertido ya la inseguridad que ello ofrece, ya que es un mecanismo que depende exclusivamente de la Administración que lo controla, por lo que si quisiese eliminarlo o modificarlo posteriormente a su notificación no habría forma de detectar dicha modificación ulterior, con las nefastas consecuencias que ello conllevaría para el administrado a efectos probatorios, erigiéndose en tal caso en una suerte de *probatio diabólica* para el mismo.

No obstante, continúa siendo un sistema que, en la práctica es realmente útil, ya que se trata de una forma de verificar la autenticidad y validez de un documento en soporte papel, cuando su soporte original es electrónico, ya que de otro modo no habría forma de comprobar fácilmente por el destinatario del acto la vigencia y validez del sello electrónico incorporado al mismo, en tanto en cuanto esta comprobación requiere emplear el documento en su soporte original, esto es, el electrónico. La ausencia de CSV o sello electrónico en el documento o acto administrativo harían defectuoso al primero y anulable al segundo, privando en ambos casos de eficacia al mismo, en tanto en cuanto no es posible la verificación de su integridad, autenticidad y autoría.

---

<sup>601</sup> En este sentido ALAMILLO DOMINGO, I.: “Análisis de los...”, *op. cit.*, pp. 34-35

Por el contrario, si el documento va a permanecer en soporte electrónico, resulta incuestionable que, en términos de seguridad jurídica, resulta más correcta la aplicación del sello electrónico correspondiente en su lugar, que sí está investido de mayores garantías, para cuya verificación en línea no sería necesario un CSV, pues lo llevaría a cabo el propio administrado haciendo uso de los servicios de verificación en línea de certificados electrónicos existentes.

De hecho, el artículo 10.3 PRDLPAC-RJSP establece que, en caso comunicaciones de documentos electrónicos a otros órganos, organismos o entidades y cuando así lo determinen las partes implicadas, la interoperabilidad se garantizará mediante la superposición al código seguro de verificación de un sello electrónico de los previstos en el artículo 42 de la LRJSP como mecanismo de verificación automática del origen e integridad de los documentos electrónicos<sup>602</sup>, disponiéndose en el apartado 4.e) del mismo precepto, para el ámbito estatal, un plazo necesario de disponibilidad de la verificación del documento en sede electrónica de 5 años (salvo que alguna norma especial por razón de la materia prevea un plazo superior), transcurrido el cual habrá de acudir al órgano que emitió el mismo para obtener copia del mismo.

Por otra parte, en actividades tales como el foliado de expedientes administrativos, el artículo 70.3 de la LPAC, a efectos de garantizar la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico y permitir su ulterior recuperación, exige que se incorpore al mismo un índice electrónico, que podrá generarse automáticamente en caso de necesidad de remitir varios expedientes administrativos, supuesto en que deberá además estar firmado por la Administración, órgano o entidad actuante, según proceda, por lo que en este punto cuando la Ley se refiere a “firma” debe entenderse que será el sello electrónico de la Administración, salvo en aquellos casos en que no se realice automáticamente, sino por funcionario público, en que empleará alguno de los sistemas de firma electrónica recogidos en el artículo 43 LRJSP, o bien proceda a su firma la propia persona titular de dicho órgano.

---

<sup>602</sup> Para el ámbito estatal, el citado Proyecto (artículo 10.4 *ab initio*) establece que su aprobación deberá ser adoptada mediante Orden del ministro competente o resolución del titular del organismo público o entidad de derecho público, previo informe del Centro Criptológico Nacional y de la Comisión de Estrategia en Tecnologías de la Información y Comunicaciones, dejando por tanto sin resolver la cuestión relativa al tipo de informes que los sustituirán en el ámbito autonómico o local.

La ausencia de firma o sello electrónico en el índice electrónico que debe incorporar el propio expediente administrativo electrónico daría lugar a una mera irregularidad de dicho documento, pues es meramente un índice de contenido el que es defectuoso, siendo posible la verificación de la autoría, integridad y autenticidad del resto de documentos y actos que componen el expediente individualmente e incluso de forma conjunta al aplicarse la firma al propio expediente como conjunto ordenado de documentos que lo conforman, por lo que no procede otra calificación de dicha omisión. Por su parte, de igual forma, en caso de expedición automática del recibo de registro electrónico cuando tenga entrada un determinado documento en el mismo, deberá aplicarse el correspondiente sello electrónico, si se lleva a cabo por medios automáticos; y la firma del personal al servicio de la Administración si dicha expedición se efectúa de forma manual, si bien esto no sería eficiente en la práctica. Al tratarse de una función de registro, en este caso debería incorporarse un sello electrónico de tiempo que acredite el momento exacto de la entrada en el mismo, y su ausencia daría lugar a su anulabilidad, si bien únicamente podría reconocerse a favor del interesado, ya que reconocerlo en favor de la Administración sería vulnerar la regla del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Otros supuestos exigen también la incorporación del sello electrónico, tales como el impulso automático del procedimiento, el acto automático de constancia electrónica, la apertura y cierre automático de libros electrónicos, la migración automática de documentos electrónicos o la remisión automática de comunicaciones electrónicas al ciudadano.

Adicionalmente al sello electrónico, en supuestos como el intercambio automático de datos entre Administraciones Públicas o la comprobación automática de datos de la solicitud, se exige también la concurrencia de la firma electrónica de dispositivo, que garantice la integridad y seguridad de éste, e incluso la firma electrónica de servidor seguro, en el caso del intercambio automático de datos entre Administraciones Públicas, por razones de seguridad evidentes y razonablemente comprensibles. En estos casos su ausencia sí podría dar lugar a supuestos de anulabilidad e incluso de nulidad de pleno Derecho, por ejemplo, en casos en que, debido a una comprobación errónea o no segura de datos de una solicitud, se confiriesen derechos o facultades a un interesado

careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición y, por ende, resultando un acto o documento contrario al ordenamiento jurídico ex artículo 47.1.f) LPAC.

Igualmente, en supuestos como el acto automático de constancia electrónica o la remisión automática de comunicaciones electrónicas al ciudadano, el error u omisión en la incorporación de la firma o sello electrónico procedente puede dar lugar a supuestos de anulabilidad del acto o la generación de un documento defectuoso, siempre y cuando no exista ausencia manifiesta de competencia del órgano que dicta el acto de que se trate, caso en que se incurriría en nulidad absoluta, como se ha tenido ocasión de exponer anteriormente; supuesto que debe diferenciarse de la ausencia de la firma electrónica de servidor seguro o de dispositivo, caso en el que directamente los sistemas de seguridad deberían directamente impedir la interconexión por motivos de seguridad. Por su parte, la ausencia de sello electrónico en supuestos como el impulso automático del procedimiento, la apertura y cierre automático de libros electrónicos o la migración automática de documentos electrónicos no conllevaría su calificación como defectuoso o inválido (según se trate de un documento o acto administrativo electrónico, respectivamente), sino meramente un error que deberá subsanar la Administración, al igual que ocurría con el índice electrónico del expediente administrativo, salvo que como consecuencia de dicha ausencia se produzca una vulneración de la seguridad o de la integridad de los actos o documentos, supuestos que habrían de analizarse casuísticamente, en función de las particularidades del supuesto y su incidencia concreta en el procedimiento o en derechos de terceros.

En el supuesto anterior, el artículo 44 LRJSP dispone que, en todo caso, se debe garantizar la seguridad del entorno cerrado de comunicaciones y la protección de los datos que se intercambien (apartado 4). En caso de que los participantes en las comunicaciones pertenezcan a una misma Administración, será ésta la que determine las condiciones, entre otras, los emisores y receptores autorizados y naturaleza de los datos objeto de intercambio (apartado 2). En caso de que los participantes pertenezcan a distintas Administraciones Públicas, tales condiciones se plasmarán en el correspondiente convenio interadministrativo<sup>603</sup> que suscriban (apartado 3) que, a su vez, se regula en el Capítulo VI (y Disposición Final 17ª) de la LRJSP.

---

<sup>603</sup> En este caso no sería válida la suscripción de un Protocolo General de Actuación, dada su exclusión del concepto de convenio administrativo que, novedosamente, ha efectuado el artículo 47.1, 2º LRJSP.



Por último, la posibilidad recogida en el artículo 27.1 de la LPAC de automatizar la realización de copias electrónicas auténticas como alternativa a su materialización por funcionario público habilitado se deberá efectuar a través de procesos que garanticen la autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen, para lo cual es imprescindible la inclusión en el documento del correspondiente sello electrónico, por lo que en este supuesto no hay duda del certificado electrónico legalmente exigido en esta concreta actuación automatizada ex artículo 43 LRJSP.

Su ausencia conllevaría la emisión de una copia defectuosa y, por ende, la misma quedaría privada de eficacia, pudiendo equipararse al supuesto de omisión de un requisito de forma esencial para la elaboración del acto administrativo de constancia, el cual tiene como finalidad otorgar a la copia el carácter de “auténtica”, por lo que en este caso se privaría al documento de dicho carácter, al ser el acto administrativo de constancia anulable.

## **2. Vicios de que adolecen los actos administrativos cuando la voluntad de órganos colegiados (deliberaciones y toma de decisiones) se ha formado haciendo uso de los medios electrónicos**

El régimen jurídico básico de la adopción de decisiones por órganos colegiados de las Administraciones Públicas se contiene en la Subsección 1ª de la Sección 3ª del Capítulo II del Título Preliminar de la LRJSP, concretamente en sus artículos 15 a 18, si bien debe tenerse en cuenta que para el ámbito de la Administración General del Estado se recogen también previsiones específicas en la Subsección 2ª, artículos 19 a 22.

Dicha regulación debe completarse, como indica el artículo 15.1 de la LRJSP, en función de “las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran” los órganos colegiados.

Así, en relación con la toma de decisiones colegiadas, aunque ya la Disposición Adicional Primera de la LAE se refería a la posibilidad de reunión de órganos colegiados por medios electrónicos, reconociendo en primer lugar la posibilidad de constitución y adopción de acuerdos por este medio, siempre y cuando se respeten los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 (referido a la convocatoria y a las sesiones) y 27.1 (referido al acta y su contenido de la sesión celebrada), ambos de la entonces vigente

LRJPAC, la nueva LRJSP regula de forma más completa dicha posibilidad aunque, para alguna autora como CARBONELL PORRAS<sup>604</sup>, cabría la prohibición de celebración de la sesión a distancia en determinados supuestos que deben ser excepcionales y debidamente justificados, sin que el legislador haya aportado ningún indicio para determinarlos.

Ya en su día CERRILLO MARTÍNEZ<sup>605</sup> proponía una definición de “órganos colegiados electrónicos”, como “aquellos órganos administrativos formados por tres o más personas que en el desarrollo de sus funciones utilizan intensivamente las tecnologías de la información y la comunicación con el fin de mejorar la información de los miembros, su interacción y su participación en la adopción de los acuerdos”. Este autor reconoce en sus aportaciones la posibilidad de que la reunión sea sincrónica o asincrónica, en función de si deben concurrir todos los miembros a la reunión virtual al mismo tiempo o no; aunque pudiese pensarse que la reunión asincrónica desvirtuaría totalmente la finalidad de la sesión colegiada y la interacción en tiempo real de todos sus miembros, no lo supondría siempre y cuando el sistema permita que los miembros del órgano formulen sus consideraciones durante un amplio espacio de tiempo, o que voten también durante periodos temporales extensos, aunque para PIZARRO NEVADO<sup>606</sup> el artículo 17.1 LRJSP exige interactividad e intercomunicación en tiempo real durante la sesión colegiada. Además, para VALERO TORRIJOS<sup>607</sup>, el empleo de un sistema asincrónico exige, de un lado, que todos los miembros tengan habilitada la posibilidad de recibir opiniones y criterios del resto (lo cual es realmente una verdadera ventaja del uso de sistemas electrónicos que permite flexibilizar la asistencia) y, de otro, que cada uno esté individualmente facultado para exigir la celebración de una sesión que cumpla estrictamente las exigencias de simultaneidad de las intervenciones y votaciones pues, en caso contrario, se estaría cercenando la nota esencial de la colegialidad.

---

<sup>604</sup> CARBONELL PORRAS, E.: “Regulación de los órganos colegiados”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el...*, op. cit., p. 250

<sup>605</sup> CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *Órganos colegiados electrónicos. El uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 82

<sup>606</sup> PIZARRO NEVADO, R.: “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 68

<sup>607</sup> VALERO TORRIJOS, J.: “Los órganos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., p. 2745

Así, el artículo 17.1 LRJSP dispone que todos los órganos colegiados pueden constituirse, convocarse, celebrar sus sesiones, adoptar sus acuerdos y remitir las actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo previsión reglamentaria en contra.

En este sentido, respecto a las sesiones a distancia de los órganos colegiados se establece, dado que los miembros se pueden encontrar en distintos lugares, que deberá asegurarse por medios electrónicos (i) la identidad de los miembros (o suplentes, en su caso), (ii) el contenido de sus manifestaciones, (iii) el momento en que se producen las mismas, (iv) la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y (v) la disponibilidad de los medios durante la sesión.

A tal efecto, algo que resulta llamativo es que se admitan, como medios electrónicos válidos, no sólo el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias, sino también los medios telefónicos. Difícilmente puede darse cumplimiento a los requisitos enumerados en el párrafo anterior con una mera comunicación telefónica, por lo que en caso de procederse por este medio deberá articularse simultáneamente algún medio técnico que permita la identificación electrónica y el contenido de las comunicaciones, entre otros, pudiéndose incurrir en vicios que invaliden la sesión celebrada en caso contrario toda vez que, como indica VALERO TORRIJOS<sup>608</sup>, la asistencia a distancia obliga a asegurar la identidad de los miembros y utilizar alguno de los sistemas previstos en el artículo 10 LPAC, debiéndose además garantizar el contenido de sus manifestaciones y el momento en que se produzcan a través de referencias temporales o sello de tiempo a menos que, como propone GAMERO CASADO<sup>609</sup>, se identifique al interlocutor mediante técnicas biométricas de reconocimiento de voz o mediante videollamadas que permiten visualizarlo.

El artículo 17.3 *in fine* LRJSP dispone que las convocatorias se remitirán a los miembros colegiados a través de medios electrónicos junto con el orden del día y la documentación necesaria para celebrar la sesión, las condiciones en que se celebrará ésta, el sistema de conexión a emplear y los lugares habilitados para llevar a cabo la misma. En este punto deberá determinarse si la remisión a través del correo electrónico es suficiente, toda vez que es bien sabido que la fehaciencia no está garantizada a través de dicho medio, salvo que se trate del correo electrónico corporativo del ente público, en que podría

---

<sup>608</sup> VALERO TORRIJOS, J.: “Los órganos administrativos...”, *op. cit.*, p. 2743

<sup>609</sup> GAMERO CASADO, E.: “Funcionamiento electrónico del...”, *op. cit.*, p. 109

efectuarse sin problema, por lo que en tales casos podría optarse por el empleo de la sede electrónica, cuyo establecimiento en el sector público es preceptivo ex artículo 38 LRJSP, para así garantizar, gracias a los certificados electrónicos empleados, la puesta a disposición y el acceso a la documentación por parte de los miembros del órgano colegiado, aunque para algún autor como PIZARRO NEVADO<sup>610</sup> la utilización del correo electrónico es contradictoria con el artículo 17.1 LRJSP.

A pesar de estas prevenciones, de hacerse caso omiso a las mismas y proceder a efectuar las comunicaciones por correo electrónico ordinario (no corporativo que, como se ha visto, sería válido, pues resulta verificable por los técnicos informáticos de la propia Administración la puesta a disposición y acceso a su contenido por los destinatarios), al menos sería recomendable hacerlo a través del Apartado Postal Electrónico o sistema equivalente, ya que este sistema garantiza, a través del prestador de servicios de confianza<sup>611</sup>, la transmisión de documentos electrónicos conforme a los principios de integridad, autenticidad y confidencialidad, permitiendo además la trazabilidad de los envíos y la Certificación Postal Electrónica a efectos de acreditación pues, entre otras funciones, permite enviar y recibir correos firmados electrónicamente, así como el cifrado de contenido, para cuyo descifrado se emplea el mismo certificado electrónico empleado para cifrarlo. Este servicio también ha sido puesto en funcionamiento en otros servicios postales, como el alemán<sup>612</sup>, en el que se denomina *E-Postbrief*, respecto al cual autores como LUCH y TISCHER<sup>613</sup> ponen de relieve la posibilidad de envío de documentos originales en determinados procedimientos especiales con total seguridad. No obstante, en caso de optarse por la utilización del correo electrónico corporativo de la Administración de que se trate, sería aconsejable la aprobación por parte de cada Administración de unas Normas Internas (de naturaleza reglamentaria) de carácter organizativo en las que se prevea la posibilidad de utilizar el correo electrónico como medio para convocar a los miembros de órganos colegiados, debiendo señalarse la forma de acceso a la documentación, que puede volcarse en espacios virtuales de

---

<sup>610</sup> PIZARRO NEVADO, R.: “Disposiciones generales, principios...”, *op. cit.*, p. 69

<sup>611</sup> Que, en este caso, sería la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.

<sup>612</sup> Prestado en este caso por el *Deutsche Post AG*

<sup>613</sup> LUCH, A.D. y TISCHER, J.: “Die öffentlich-rechtliche Schriftform und die hybride Kommunikation mittels E-Postbrief”, *DÖV* 15/2011, pp. 598-606

almacenamiento<sup>614</sup> otorgando derechos de acceso a los usuarios previamente definidos para que tengan acceso a toda la información, así como los tiempos en que se organizarán los debates, formulación de propuestas y adopción de acuerdos. Otra forma posible sería adjuntar al correo electrónico la documentación en formatos generalmente admitidos (como podría ser el *Portable Document Format*, más conocido como PDF), y debidamente firmados electrónicamente para garantizar su autenticidad e integridad.

Por supuesto, la firma electrónica del secretario en el documento de convocatoria es requisito imprescindible, cuya ausencia puede dar lugar a la invalidez de la misma, mientras que el visto bueno del presidente en relación con el acta de la sesión (artículo 18.2 LRJSP) no requeriría, en principio, firma electrónica del mismo, aunque sería conveniente, a mi juicio, plasmarla para manifestar así, formalmente y por escrito en el soporte electrónico, su conformidad, dado que es la única forma de manifestarlo, salvo que se entienda certificado su visto bueno por la fe que otorgaría el secretario al plasmar su propia firma electrónica. Por tanto, la ausencia de la firma electrónica del presidente podría calificarse, a lo sumo, de una mera irregularidad no invalidante.

Resulta imprescindible que, al hacer uso de medios electrónicos, el órgano colegiado ponga a disposición de sus miembros, previamente a la celebración de la sesión, al menos, un documento con especificaciones técnicas en aras a una correcta conexión al sistema telemático del que se haga uso para el desarrollo de la sesión colegiada, para evitar así posibles situaciones que originen la invalidez de la actuación administrativa simplemente por desconocimiento del funcionamiento del sistema electrónico empleado, información que podría establecerse con carácter general para todas las sesiones del órgano colegiado, bien mediante su reglamento de régimen interior, bien mediante un acuerdo del mismo.

En este sentido, para el desarrollo electrónico de la sesión colegiada podría hacerse uso de la videoconferencia u otros sistemas desarrollados específicamente por la Administración, que además podrían prever la grabación de esta, siempre y cuando se

---

<sup>614</sup> Como podría ser el sistema BSCW, denominación proveniente de las siglas *Be Smart – Cooperate Worldwide*, que se utiliza actualmente en multitud de entes públicos, como la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, para la puesta a disposición de los miembros de órganos colegiados de la, normalmente abundante, documentación que deben examinar previamente a la sesión.

informe a todos los miembros de los derechos que les asisten en virtud de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD, en adelante) y normativa concordante.

En este sentido, el sistema electrónico que se utilice deberá cumplir determinadas prescripciones técnicas, a saber:

- Garantizar la seguridad, integridad, confidencialidad y autenticidad de la información, a cuyo fin se pondrá a disposición de las personas integrantes del órgano un servicio electrónico de acceso restringido (que incluso podría prever distintos niveles de acceso configurables por el administrador de sistemas informáticos del ente en función del sujeto de que se trate).
- Utilizar, para los accesos a la sede electrónica donde tenga lugar la reunión, uno de los sistemas de identificación o firma electrónicas de los que permiten la LPAC y LRJSP.
- Incorporar a las actas de las sesiones la constancia de las comunicaciones efectuadas a los distintos integrantes del órgano colegiado.

Por su parte, para la válida constitución de la sesión correspondiente, es necesario un *quórum* mínimo que determina el artículo 17.2 de la LRJSP, el cual establece la necesaria presencia para alcanzarlo del presidente, secretario y la mitad de sus miembros. Para ello, deberán sus miembros identificarse electrónicamente gracias a la utilización del sistema de firma electrónica implantado por la correspondiente Administración, cuya ausencia determinará la imposibilidad de asistir electrónicamente, ya que ello permitirá garantizar que los miembros (y no terceros) son las personas que acceden al espacio virtual de la sesión, evitando así suplantaciones.

En el desarrollo de las sesiones de los órganos colegiados, como la propia naturaleza del órgano impone, se realizan intercambios de opiniones respecto a los asuntos o temas a tratar, por lo que al llevarse a cabo electrónicamente debe garantizarse esta posibilidad para evitar posibles problemas de invalidez sobre la base de esta desigualdad en la participación en las sesiones, que podría llevar a la invalidez de la sesión y de los acuerdos adoptados por vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos del artículo 23 CE de sus miembros, si se diesen en el supuesto concreto los requisitos para ello, por lo que el establecimiento de un programa informático que establezca una regla

temporal de participación por turnos es imprescindible, fomentando así además la participación de todos en la sesión.

Así mismo, al igual que en el desarrollo físico de las sesiones, el presidente modera los debates, puede suspenderlos por causas justificadas y, una vez finalicen todos los puntos del orden del día, levanta la sesión, todo ello a través del espacio virtual, en caso de celebrarse la misma a distancia.

En relación con la adopción de acuerdos, el sistema informático debe contemplar una opción para emitir el voto electrónicamente. Las votaciones deberán llevarse a efecto una vez se haya deliberado virtualmente, pudiendo manifestar su voto los miembros y la motivación de su sentido, sin que haya obstáculo alguno para la posibilidad de que se abstengan o se ausenten en la votación (simplemente no votando llegado el momento), debiendo preverse en el sistema virtual para la reunión que se emplee la posibilidad de emitir un voto particular por escrito para su incorporación al acta si así lo deseara, conforme al artículo 17.6 LRJSP, eximiéndose de este modo ese miembro de responsabilidad por los acuerdos adoptados.

En este punto podrían darse supuestos en los que la ausencia de determinados requisitos dé lugar a la invalidez de la decisión adoptada, si se constata la ausencia de seguridad en la autenticación, de forma que no pueda afirmarse de manera indubitada que el que emitió su voto fue realmente quien decía ser, para lo cual resulta imprescindible el establecimiento de avanzados sistemas de seguridad que detecten todo tipo de vulnerabilidades o errores en el propio funcionamiento del servicio. En estos casos, debe tenerse en cuenta que no es lo mismo que el voto dubitado influya en el acuerdo, por tratarse de un voto dirimente (si existiese empate, por ejemplo, y dicho voto fuese determinante), a que tal voto no influya en ningún caso en la adopción del acuerdo, por existir, a pesar de la ausencia de dicho voto indubitado, mayoría consolidada (si, por ejemplo, en exigencia de mayoría simple hubiese cinco votos totales y cuatro a favor).

Debe recordarse que con anterioridad ya se apuntó la ausencia de relación entre la validez del acto y el medio o canal a través del cual se transmite la información, si bien la única excepción a dicha afirmación surgiría en aquellos casos en que se utilicen los medios electrónicos para la deliberación y toma de decisiones de órganos colegiados y se acredite la vulneración de la seguridad del canal de comunicación, de forma que no

pueda garantizarse que la votación llevada a cabo por los miembros haya sido inalterada, supuesto en que podría generarse un vicio en el acta resultante de la sesión y, por ende, de los acuerdos adoptados en su seno.

A la finalización de la sesión deberá recogerse todo lo acaecido en la correspondiente acta suscrita por el secretario, quien especificará, conforme al artículo 18.1 LRJSP, los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar (presencial o virtual) y tiempo en que se ha celebrado, los aspectos principales de las deliberaciones y el contenido de los acuerdos adoptados. En relación con el lugar de celebración debe recordarse que el artículo 17.5 LRJSP dispone que, en el caso de asistencia a distancia, se entenderá que los acuerdos se han adoptado en el lugar en que tenga su sede el órgano colegiado o, en su defecto, donde se ubique la presidencia de este.

Por su parte, en relación con el acta de cada sesión celebrada por el órgano colegiado, además de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos con carácter general en el artículo 26 LPAC para los documentos administrativos en soporte electrónico para evitar el surgimiento de defectos en los mismos, se prevé por el artículo 18 LRJSP la posibilidad de grabar la sesión, resultando un fichero que puede (en mi opinión “debe”) incorporarse al acta junto con la certificación del Secretario (de la autenticidad e integridad del fichero), así como los documentos empleados en la sesión. En este punto debe tenerse en cuenta la existencia de las ya expuestas NTI, en especial las relativas al Expediente Electrónico y al Documento Electrónico, siendo necesaria su observancia para evitar problemas de interoperabilidad o de validez originadas por el incumplimiento de aquéllas, toda vez que el acta en soporte electrónico no deja de ser un documento electrónico.

En cualquier caso, se incorporen al acta o no, todos los ficheros (tanto la grabación como los documentales) deben ser objeto de conservación ex artículo 18.2 *in fine* LRJSP garantizándose su integridad y autenticidad, así como los accesos a los mismos por parte de los miembros colegiados, lo cual únicamente será posible por medio de un buen sistema (programa informático) de gestión documental que gestione convenientemente los permisos de lectura y escritura de los ficheros, y mediante el empleo de certificados electrónicos que blinden los ficheros frente a modificaciones ulteriores no consentidas. En caso contrario, nos encontraríamos con documentos defectuosos privados de la eficacia que les es inherente si se verifican todas las garantías legalmente exigidas.



Por último, si alguna persona que acredite interés legítimo conforme al artículo 17.7 de la LPAC solicita certificación de la sesión del órgano colegiado, no habría problema alguno en emitirse por el secretario incorporando su firma electrónica al documento, y el visado del presidente podría efectuarse así mismo aplicando la firma electrónica de este. La ausencia de firma del secretario podría conllevar la anulabilidad del documento, mientras que la del presidente sería, a lo sumo, una mera irregularidad no invalidante. Por último, debe tenerse en cuenta que los documentos electrónicos que se generan como consecuencia de la sesión colegiada deberán así mismo cumplir todos los requisitos establecidos en el artículo 26.2 LPAC, cuyo incumplimiento tendría a su vez las consecuencias propias de los documentos defectuosos.

### **3. La incidencia de los servicios de *cloud computing* en la perfección o validez de los documentos y actos administrativos electrónicos, respectivamente**

#### **3.1. Aspectos generales**

El fenómeno del *Big Data* es una realidad cada vez más palpable que no sólo se produce en el ámbito de los entes privados, sino también en el sector público, y la salvaguarda de los intereses tanto públicos como privados no debe verse mermada en ningún caso, por lo que deben preverse convenientemente las posibles situaciones que se pueden plantear para dar una respuesta jurídica acorde con la envergadura de la cuestión, pues también pueden llegar a afectar a los documentos y actos administrativos electrónicos, como se verá. Y es que los datos masivos son una realidad compleja y delicada que, en palabras de MAYER-SCHÖNBERGER y CUKIER, “pueden revelar secretos a quienes tengan la capacidad, el deseo y las herramientas para escuchar”<sup>615</sup>.

La problemática que puede plantearse en el ámbito jurídico-público sería la necesidad de proceder al almacenamiento de datos (documentos, actos, expedientes y archivos administrativos electrónicos) o la gestión documental (incluso procedimental) en servidores controlados por entes privados, por supuesto tras el oportuno procedimiento de licitación pública y bajo los condicionantes más garantistas que pudiesen

---

<sup>615</sup> MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K.: *Big Data. La..., op. cit.*, p. 16

establecerse en el clausulado del contrato administrativo suscrito así como en los Pliegos de Cláusulas Administrativas, no obstante lo cual la realidad es que los datos escapan del control público y pasan a estar controlados por entes privados, prestadores de servicios de *cloud computing* que, en muchos casos, ubican tales servidores y sus *backups* o copias de seguridad en diversas partes del mundo, fuera del territorio español e incluso europeo en la mayoría de los casos.

Aunque la posibilidad de almacenamiento remoto es uno de los supuestos más evidentes que podrán requerir las Administraciones Públicas, el *cloud computing* va mucho más allá, puesto que se trata de la posibilidad de acceder a determinados servicios o recursos computacionales prestados por un proveedor determinado, el cual es responsable de mantener el servicio (titular por tanto de la infraestructura, el software y las redes de comunicaciones que permiten su prestación a terceros) desde cualquier lugar en que se encuentre la Administración actuante y que, gracias a la virtualización<sup>616</sup>, consigue mejorar la eficiencia energética en el consumo de recursos e incrementar la disponibilidad de los mismos, facilitando al mismo tiempo la migración, las copias de seguridad y las tareas de recuperación de datos, en caso de ser necesarias. Los riesgos que existen en la implantación de servicios *cloud computing* en las Administraciones Públicas son evidentes e inherentes al uso de nuevas tecnologías como ésta, y se pueden clasificar en:

i) Riesgos organizativos o de implantación

En primer lugar, las complicaciones aparecerán a la hora de implantar los servicios *cloud* en la infraestructura de servicios existente en la Administración, toda vez que los sistemas habrán de ser interoperables entre sí.

A mayor abundamiento, siendo necesaria la interoperabilidad y el cumplimiento de normas técnicas como el ENI, ENS o todas las específicas de desarrollo, resulta harto complicado que los proveedores de servicios *cloud*

---

<sup>616</sup> MARTÍNEZ PAREDES define la “virtualización” como un proceso en virtud del cual un gestor de máquinas virtuales pone a disposición del cliente una capa que controla las operaciones de las distintas máquinas virtuales que interaccionan con ellas para acceder a los diferentes recursos físicos del equipo, en MARTÍNEZ PAREDES, J.L.: *Contratación por las Administraciones Públicas de servicios TIC en modo cloud computing*, Ed. Cemci, Granada, 2016, p. 53.

den cumplimiento a las mismas sin merma alguna de las garantías establecidas en dicha normativa, lo cual supone una dificultad añadida.

El incumplimiento de estas normas, si se ha establecido en la documentación contractual como obligación para el proveedor de servicios, será constitutivo de un incumplimiento en materia contractual y tendrá como consecuencias las previstas en la LCSP y en el propio contrato administrativo, pero para la Administración Pública contratante, al tratarse de una obligación impuesta a la misma *ex lege*, supondrá su incumplimiento con la reprobación correspondiente. En caso de que tales incumplimientos tengan trascendencia a los documentos o actos administrativos en soporte electrónico almacenados en tales proveedores *cloud* será cuando entren en juego los posibles vicios y defectos propios de tales categorías.

Por tanto, a nivel organizativo interno serán muchas las adaptaciones necesarias de los sistemas implicados, por lo que la migración de éstos será un reto y su mantenimiento posterior también.

Por último, el trasvase de información de unos proveedores a otros no es facilitada por éstos, por lo que en caso de necesidad de pasar de uno a otro la situación se complica enormemente.

## ii) Riesgos de seguridad

La seguridad en servicios *cloud* es fundamental, pues al existir multitud de máquinas virtuales que interactúan entre sí y con los equipos físicos, son susceptibles de ser suplantadas por terceros o *hackers*, quienes podrían acceder a los sistemas de información.

Además, los riesgos se incrementan porque las infraestructuras se comparten por todos los usuarios del proveedor de servicios, ya que éstas suelen ser comunes.

## iii) Riesgos de privacidad

Como consecuencia de los riesgos existentes anteriormente mencionados, el consiguiente es que se pone en peligro la privacidad de los ciudadanos, dada

la naturaleza de los datos almacenados en los servicios *cloud* por las Administraciones Públicas.

Este riesgo se intensifica atendiendo a la problemática en torno a la localización física de los datos. Así, es bien sabido que la ubicación física de los datos en tecnologías *cloud* puede obedecer a distintos criterios y puede ser dispar, en función de diversas variables, teniendo en cuenta que se trata de verdaderas “granjas de servidores”<sup>617</sup>, por lo que una de ellas es el consumo energético y aquellos lugares en que la energía es más económica pueden ser más propensos a ser escogidos como ubicación de estos. También lugares con pocos riesgos sísmicos o fenomenológicos pueden ser localizaciones óptimas para este tipo de localizaciones físicas.

Examinados algunos de los aspectos que, con carácter general, puede implicar este fenómeno, debe advertirse que los servicios *cloud* pueden emplearse por las Administraciones Públicas tanto como servicios exclusivamente de almacenamiento en “la nube”, como servicios de gestión documental. Siendo esta última variante la que puede tener incidencia en la validez de documentos y actos administrativos, efectuada la correspondiente advertencia de la existencia de la otra variante de este tipo de servicios, procede a continuación profundizar en la que verdaderamente puede influir en aquellos.

### 3.2. De la incidencia en la validez de los actos o la perfección de los documentos administrativos electrónicos cuando los servicios *cloud* se emplean como servicios de gestión documental

La problemática en la utilización de servicios *cloud* prestados por terceros alcanza también a aspectos relativos a la gestión documental, como ya tuvo ocasión de poner de manifiesto VALERO TORRIJOS<sup>618</sup> con ocasión del examen de la cuestión a la luz de la

---

<sup>617</sup> Denominación empleada de forma generalizada, a la que alude por ejemplo ALAMILLO DOMINGO, I.: “El control de localización de los datos e informaciones en el *cloud*”, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Derecho y cloud computing*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., 2012, p. 67

<sup>618</sup> VALERO TORRIJOS, J.: “La Administración pública en la nube. Análisis de las implicaciones jurídicas desde la normativa sobre administración electrónica” en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Derecho y cloud...*, op. cit., pp. 235 y ss.

anterior normativa vigente en materia de administración electrónica, puesto que puede que la utilización de los servicios *cloud* por determinadas Administraciones Públicas exceda del mero almacenamiento de datos, llegándose a la externalización de las plataformas de gestión de procedimientos proporcionadas por proveedores de este tipo de servicios en los que, como afirma SCHNEIDER<sup>619</sup>, hay una verdadera constelación de operaciones de procesamiento o tratamiento de datos.

La problemática que puede suscitarse en este caso es distinta y mayor, pues el proveedor de servicios ya no sólo provee a la Administración de espacio de almacenamiento para la conservación de datos, sino que debe permitir, entre otras cosas, el despliegue de determinados servicios en la nube, como la posibilidad de llevar a cabo procedimientos utilizando la actividad administrativa automatizada de forma externa, esto es, mediante procesos ejecutados automáticamente en servicios *cloud*, para lo cual será necesario, a su vez, que las Administraciones Públicas cedan su sello electrónico de Administración Pública a tales proveedores de servicios, perdiéndose por tanto el control efectivo de su utilización, con los evidentes riesgos que ello conlleva. En caso de generación por parte de terceros de códigos CSV y su inclusión en documentos, se añadiría la problemática consistente en el almacenamiento y disponibilidad de los documentos generados por el proveedor del servicio, dejando al arbitrio de terceros ajenos a la Administración la custodia de tales documentos administrativos, lo cual no resulta procedente.

Por otra parte, la posibilidad de que el propio proveedor de servicios genere versiones iniciales o borradores de documentos o actos administrativos para su posterior firma electrónica por parte del personal de la Administración, probablemente en la práctica no resultará en muchos casos eficiente, en tanto en cuanto requerirá de complejas medidas de implantación harto dificultosas.

Además, si se tiene en cuenta el avanzado estadio en que se encuentran gestores documentales como INSIDE o ARCHIVE<sup>620</sup>, parece mucho más simple la implementación

---

<sup>619</sup> SCHNEIDER, J.P.: "Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz. Syst. B Europäische Datenschutzrichtlinie", en WOLFF, H.A. y BRINK, S.: *Datenschutzrecht in Bund und Ländern*, C.H. Beck, 2013, p. 12

<sup>620</sup> Acrónimo de "Infraestructura y Sistemas de Documentación Electrónica", proyecto llevado a cabo por la Secretaría General de Administración Digital, de la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con el fin de desarrollar un sistema para la gestión de documentos y expedientes electrónicos que cumpla los requisitos de almacenamiento establecidos en el

de estas herramientas, las cuales son además puestas a disposición de todas las Administraciones Públicas de forma gratuita, atendiendo a las exigencias normativas de reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración (artículo 157 LRJSP) y a la transferencia de tecnología entre Administraciones (artículo 158 LRJSP).

A mayor abundamiento, si se tiene en cuenta el derecho reconocido a los interesados en el procedimiento administrativo (sin perjuicio de los reconocidos con carácter general a los ciudadanos, en particular los del artículo 13 LPAC) en el artículo 53.1.c) LPAC, esto es, el derecho “a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas”, esto supondría, en caso de utilización de servicios *cloud* para la gestión de los procedimientos, que habría de habilitarse por parte del prestador del servicio algún método en virtud del cual otras Administraciones Públicas también pudiesen de alguna forma comprobar la existencia de tales datos y, en caso afirmativo debería habilitarse a las mismas, la posibilidad de recuperarlo respecto de las bases de datos de otras Administraciones Públicas, siempre y cuando así se establezca tal posibilidad en el correspondiente convenio administrativo. Adicionalmente, algún autor<sup>621</sup> apunta, en materia de realización de copias por las Administraciones Públicas, la posibilidad de que sean los prestadores de servicios en la nube los que lo hagan materialmente, al tener la posesión del documento correspondiente, siempre y cuando se garantice suficientemente la integridad y autenticidad de la información objeto de copiado auténtico.

Esta posibilidad se enfrenta diametralmente a las exigencias del régimen de copias establecido en la LPAC, la cual en su artículo 27 exige que sean realizadas por los órganos

---

ENI (el cual, como ya se vio, establece las normas básicas para el intercambio y almacenamiento de documentos y expedientes electrónicos), permitiendo la gestión documental íntegramente electrónica de los documentos en fase activa de la gestión del expediente, previo a su archivado definitivo (gracias a otro proyecto impulsado paralelamente a este denominado ARCHIVE, cuya información puede consultarse en la dirección web: <http://administracionelectronica.gob.es/ctt/archive#.Wg29cckUnIU> –última consulta efectuada el 12/10/2018-) en un formato interoperable y duradero. Este sistema permite, como servicios complementarios añadidos, la interconexión con otras Administraciones Públicas, la incorporación documental de códigos CSV, así como la generación, consulta o el almacenamiento de documentos plenamente interoperables y seguros conforme al ENS y resto de Normas Técnicas de Interoperabilidad derivadas del ENI. Puede consultarse más información en la dirección web: <http://administracionelectronica.gob.es/ctt/inside#.Wg24cckUnIU> (última consulta efectuada el 12/10/2018)

<sup>621</sup> VALERO TORRIJOS, J.: “La Administración pública...”, *op. cit.*, p. 238

competentes de las Administraciones Públicas en las que quede garantizada la identidad del órgano que ha realizado la copia y su contenido.

Si se permite la materialización de la realización de la copia a un tercero<sup>622</sup>, difícilmente podrá acreditarse que la copia haya sido realizada por un órgano competente de la Administración Pública, pues se estaría externalizando una actividad fundamental de las Administraciones Públicas que, al igual que ocurre en materia de registro<sup>623</sup>, es manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, motivo por el cual la propia LPAC exige que sea llevada a cabo por un órgano administrativo con competencias asignadas expresamente por la Administración de la que dependa, frente al cual además se encontrará un funcionario público facultado para su ejercicio.

En conclusión, la utilización de servicios *cloud* para llevar a cabo actuaciones propias de gestión documental como las aquí expuestas resulta a todas luces complejo y a veces incluso desaconsejable por diversos motivos, entre otros (i) la pérdida del poder de custodia de los documentos, expedientes y archivos administrativos en soporte electrónico, con el riesgo directo consecuencia de la deslocalización propia de este tipo de servicios<sup>624</sup>; (ii) la complejidad en materia de interoperabilidad de las aplicaciones del prestador de servicios y las propias de la Administración de que se trate, así como la necesidad de establecer posibilidades de acceso a otras Administraciones para el acceso a documentos que obren en poder de las mismas en aras a la verificación del derecho que asiste a todo interesado en el procedimiento a no aportarlas nuevamente; y (iii) la improcedencia de permitir la materialización de actividades administrativas propia de órganos administrativos competentes para ello como la expedición de copias auténticas, ya que se trata del ejercicio de potestades administrativas que no deben exceder del ámbito del personal al servicio de la Administración competente para expedirlas, so pena de ser considerada como defectuosa.

---

<sup>622</sup> En la doctrina alemana se afirma la necesidad de controlar el acceso a los documentos por parte del propio personal funcionario de la Administración mediante firma electrónica reconocida. En este sentido, ROßNAGEL y otros: ROßNAGEL, A., FISCHER-DIESKAU, S., JANDT, S. y KNOPP, M.: *Langfristige Aufbewahrung elektronischer Dokumente*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 59

<sup>623</sup> Vid. lo examinado al respecto en los apartados 2.3 y 4 del Capítulo VI

<sup>624</sup> La migración de los datos es otro aspecto que desde instancias comunitarias se está intentando fomentar, pero que aún no tiene una operatividad clara, como ha advertido también KROSCHWALD en KROSCHWALD, S.: *Informationelle Selbstbestimmung in der Cloud. Datenschutzrechtliche Bewertung und Gestaltung des Cloud-Computing aus dem Blockwinkel des Mittelstands*, Springer Vieweg-DuD, Wiesbaden, 2016, p. 349

#### **4. Códigos maliciosos, virus o *malware* y su posible incidencia en los documentos y actos administrativos electrónicos. Distinción del concepto de fichero dañado o corrupto**

La evolución de la tecnología aplicada a la actividad administrativa trae consigo, como ya se ha tenido ocasión de reiterar en diversos capítulos del presente trabajo, múltiples beneficios e incrementa, sin duda alguna, la eficiencia de las Administraciones Públicas. No obstante, también trae consigo riesgos inherentes a la propia tecnología o a terceros, que puede provenir de una incorrecta utilización de esta o de actividades maliciosas de terceros con el fin de poner en riesgo la seguridad o integridad de los sistemas y tecnologías.

En contra de lo que sería deseable, no existe en la normativa vigente una regulación completa de aquellos supuestos en los interesados o incluso las Administraciones Públicas puedan presentar o expedir, respectivamente, documentos o actos afectados por códigos maliciosos o *malware*.

Deben distinguirse en este punto diversos conceptos en que puede manifestarse una actividad electrónica irregular, fundamentalmente virus, *malware* o códigos maliciosos. En primer lugar, un código malicioso es un código informático (programado) que pretende dañar un sistema informático a través de la creación de agujeros de seguridad (también denominadas “brechas”), gracias a los cuales se proporciona un acceso remoto no autorizado al sistema atacado, exponiendo así los datos de la Administración al conocimiento del atacante. Puede adoptar la forma de virus, *worms* (“gusanos”) o *scripts*, los cuales pueden actuar con la interacción del usuario (abriendo un fichero adjunto, visitando una web infectada, etc.) o sin ella.

En segundo lugar, el concepto anglosajón de *malware* es una abreviatura de *malicious software*, y hace referencia a un software o aplicación que tiene como objetivo dañar un sistema informático sin el conocimiento de su propietario, causando un mal funcionamiento de forma consciente y destinado fundamentalmente a efectuar intrusismo en el equipo, realizando actuaciones molestas para el usuario y reduciendo sus posibilidades de utilización, llegando incluso a provocar la pérdida de datos intencionada. En este concepto se engloban los conocidos virus, *spyware* (cuya



intención es la de espiar el contenido del equipo o sistema), *adware* (programas que comienzan a mostrar publicidad de forma aleatoria e incontrolada e incontrolable), troyanos o los *ransomwares*<sup>625</sup>, entre otros muchos.

En función de la finalidad de este tipo de elementos, podría verse afectada la perfección de los documentos administrativos electrónicos o la validez de los actos si, por ejemplo, se dañaran los ficheros de forma que no fuese posible comprobar su integridad o autenticidad. En caso de corresponder a procedimientos ya en curso puede que, al haber sido ya notificados electrónicamente de forma correcta, aunque se vea afectada su validez no llegue a ejercitarse ninguna acción por parte del destinatario, al haberla recibido sin vicios, caso en el que la problemática surgiría en caso de recurso judicial contra el acto, puesto que el expediente administrativo electrónico será requerido por el Juzgador y podrían advertirse vicios o defectos.

En estos casos, deberá acreditarse lo ocurrido por los servicios jurídicos que se encarguen de la defensa de la Administración haciendo uso de las pruebas del ataque sufrido, que deberán elaborar los correspondientes servicios informáticos, en caso de no ser posible la recuperación de la información de la copia de seguridad o *backup* de su información que debe tener la Administración y que, dado que su ubicación debe ser distinta a la de los ficheros principales, pueden no haber resultado dañada por el ataque. Por el contrario, los ficheros corruptos o dañados, al igual que el software defectuoso, suponen la existencia de errores que pueden llegar a ser peligrosos, pero no son normalmente intencionados o, por tratar con más precisión la cuestión, no han sido específicamente desarrollados con el ánimo de dañar el sistema informático del destinatario de los mismos, sino que, sencillamente, los ficheros o programas contienen un error que hacen imposible su utilización o, si pueden utilizarse, muestran información errónea o defectuosa y fallos de ejecución.

---

<sup>625</sup> Recuérdese cuando diversos sistemas informáticos en el año 2017 fueron infectados por este tipo de malware, lo cual fue objeto de elevada difusión en los medios debido al devastadores efectos que produjeron en los equipos y sistemas de multitud de importantes empresas. Uno de ellos, de mayo de 2017, fue bautizado como *Wannacry*, al que siguió otro en junio del mismo tipo y similares efectos, afectando a entidades bancarias, empresas farmacéuticas o entidades públicas, con los efectos negativos que trajo consigo. Algunas noticias pueden aún consultarse, por ejemplo, en: [https://elpais.com/internacional/2017/05/20/actualidad/1495291083\\_920693.html](https://elpais.com/internacional/2017/05/20/actualidad/1495291083_920693.html) (mayo de 2017) y [https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498568187\\_011218.html](https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498568187_011218.html) (junio posterior) - último acceso efectuado el 12/10/2018-.

En la actualidad, la normativa vigente únicamente contempla que los registros electrónicos podrán rechazar los documentos electrónicos que se les presenten si contienen código malicioso o dispositivo susceptible de afectar a la integridad o seguridad del sistema (artículo 29.1.b del RLAE el cual, a pesar de no tener carácter básico, mantiene su vigencia en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la LPAC), sin más.

Por tanto, la única previsión al respecto es la posibilidad otorgada a los registros electrónicos para el caso de que un ciudadano o interesado presente un documento con código malicioso o que pueda afectar a los sistemas informáticos de la Administración, de que puedan rechazar dicha presentación, pero no regula los efectos que produce este rechazo, como hubiese sido deseable (ya que no tiene por qué haberse efectuado de forma consciente e intencionada por parte del presentador), ni la posibilidad de conferir, en determinados supuestos, un plazo de subsanación.

Del mismo modo, tampoco existe previsión alguna para el supuesto en que sea la propia Administración la que envíe un acto o documento administrativo con virus o código malicioso, ya que cuando se trata de nuevas tecnologías no se está exento (tampoco la Administración) de ser objetivo de *hackers* y otro tipo de ataques que pueden llegar a superar las barreras físicas y de *software* (*firewalls*) que tengan las Administraciones Públicas instaladas para evitarlos.

Por tanto, en primer lugar, lo procedente sería establecer una regulación de las consecuencias jurídicas y el modo en que debe proceder la Administración en aquellos supuestos en que exista un incidente de seguridad motivado, bien por la emisión de un fichero que contenga cualquier tipo de elemento que ponga en peligro la seguridad de los sistemas informáticos, bien porque la Administración remita un fichero infectado al ciudadano (que normalmente contendrá un acto o documento administrativo electrónico) por cualquier medio de los previstos en la LPAC para la realización de las notificaciones.

De este modo, debe afirmarse que un documento administrativo electrónico viciado con un código malicioso u otro tipo de infección tecnológica debe ser considerado como defectuoso, sin que pueda desplegar efectos hasta tanto en cuanto sea notificado nuevamente sin tal defecto.

De igual modo, un acto administrativo que adolezca del mismo vicio será inválido, si no fuese posible acceder a su contenido sin comprometer la seguridad del propio sistema informático o directamente fuese inaccesible, debiendo calificarse como anulable, ya que los efectos de este tipo de infecciones pueden ser variados, y no es lo mismo que el propio acto administrativo sea el que no resulte inaccesible, a que sea simplemente acompañado de un fichero que, sin afectar al acto en sí, en caso de ejecución por parte del destinatario, se produzca la infección de su equipo, caso en el que podría incluso originar eventualmente la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños ocasionados por tal fichero, pero al mismo tiempo mantenerse indemne la validez o perfección del acto o documento; por tanto, en caso de infectarse el fichero por causas imputables a la Administración en un momento posterior a su emisión, nos encontraríamos nuevamente ante un supuesto de invalidez (anulabilidad) sobrevenida. La única manera de evitar que se produzca esta consecuencia sería que existiera algún medio idóneo para acreditar fehacientemente la existencia del acto, como, por ejemplo, la posibilidad de recuperar la información desde el sistema informático, en cuyo caso quedaría subsanada la invalidez sobrevenida del acto.

Por último, resulta relevante reseñar que el 19 de abril de 2018 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 13 de abril anterior, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de Notificación de Incidentes de Seguridad, cuya finalidad es establecer los criterios y procedimientos para la notificación, por parte de las entidades que forman parte de los ámbitos subjetivos de aplicación de las Leyes 39 y 40/2015, al Centro Criptológico Nacional, de aquellos incidentes que tengan un impacto significativo en la seguridad de la información que manejan y los servicios que prestan en relación con la categoría del sistema, por lo que sus previsiones deberán ser observadas a efectos de control y mantenimiento de la seguridad con carácter general, todo ello sin perjuicio de las correspondientes auditorías que deben llevarse a cabo regular o extraordinariamente conforme al artículo 34 del ENS para evitar tales situaciones, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución de 27 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de Auditoría de la Seguridad de los Sistemas de Información.

## **5. El portal de internet o Punto de Acceso General (PAG) y las actuaciones que se deben realizar a través de la sede electrónica**

En relación con la sede electrónica y el portal de internet, debe partirse de la conceptualización de ambas realidades, precisando en primer lugar que lo que la LPAC entiende por Punto de Acceso General (PAG) el legislador lo ha denominado en la LRJSP Portal de Internet, de forma bastante incoherente, no obstante lo cual hecha esta precisión inicial en adelante las referencias a uno y otro se deben entender realizadas a una misma realidad jurídica y material (o virtual, si se es más preciso).

Así, el portal de internet es definido en el artículo 39 LRJSP como “el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente”.

Por su parte, la sede electrónica está regulada en el artículo 38 LRJSP y puede definirse, conforme con su apartado 1, como “aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a uno o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias”.

Del tenor literal de ambas definiciones puede concluirse que en realidad el portal de internet es la puerta que da acceso a la sede electrónica, debiendo afirmarse, siguiendo a GAMERO CASADO<sup>626</sup>, que mientras que el portal de internet o punto de acceso general “es un portal genérico que aglutina (enlaza o hipervincula) el conjunto de direcciones electrónicas de las que sea titular la correspondiente Administración”, la sede electrónica se erige en una suerte de “prolongación de las oficinas administrativas presenciales”, prolongación que para VALERO TORRIJOS<sup>627</sup> es, además, virtual. Para MARTÍN DELGADO<sup>628</sup>, aunque admite la confusión que deriva de la regulación de estos aspectos, entiende que la LRJSP considera portal de internet a toda página web institucional de una Administración Pública, a través de la cual se puede acceder a la

---

<sup>626</sup> GAMERO CASADO, E.: “Funcionamiento electrónico del...”, *op. cit.*, p. 102

<sup>627</sup> VALERO TORRIJOS, J.: “Acceso a los...”, *op. cit.*, p. 353

<sup>628</sup> MARTÍN DELGADO, I.: “La reforma de la administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el...*, *op. cit.*, p. 60

sede electrónica y, a su vez, en cada Administración debe existir un Punto de Acceso General electrónico que agrupe todos los portales de internet de los distintos organismos que forman parte de la misma.

También el autor<sup>629</sup> se refiere a la defectuosa definición que desde la LAE se maneja en relación con la sede electrónica, toda vez que se la identifica con una dirección electrónica, como si de una mera identificación dentro de la red de telecomunicaciones se tratase, cuando en realidad es un espacio virtual al que se asocian elementos físicos, una suerte de oficina electrónica en la que confluyen actuaciones administrativas, interadministrativas y del ciudadano.

En cualquier caso, ninguna duda cabe de que existe una diferencia sustancial entre las actuaciones e informaciones que podrán contenerse en el portal de internet o PAG, y los trámites que, debido a su relevancia, deben llevarse a efecto en la sede electrónica de la Administración. Como afirma MARTÍNEZ GUTIÉRREZ<sup>630</sup>, toda sede electrónica es un portal de internet, pero no todo portal de internet constituye sede electrónica.

Aunque la LPAC y LRJSP establecen de forma dispersa, con ausencia absoluta de sistemática, las actuaciones que deben llevarse a cabo en la sede electrónica, debemos referirnos únicamente a aquellas que pueden tener incidencia directa en la validez o perfección de los actos y documentos administrativos en soporte electrónico generados por la Administración, respectivamente, ya que el resto de supuestos excederían el objeto del presente trabajo, no siendo por ello menos importantes, tales como el apoderamiento mediante comparecencia en la sede electrónica (artículos 5.4 y 6.5 LPAC), el registro electrónico (artículo 16.1, 4º LPAC), la puesta a disposición de notificaciones electrónicas (artículo 41.6 LPAC) o la publicación de diarios o boletines oficiales (artículo 131, 2º LPAC), entre otros.

Todo ello, sin perjuicio de que debe tenerse en cuenta que toda actuación posterior a una ineficaz devendría inválida, por lo que no puede despreciarse en absoluto la importancia de las actuaciones que deben efectuarse en la sede electrónica. En este sentido, considero que una notificación efectuada en lugar distinto a la sede electrónica o a la dirección electrónica habilitada viciaría el acto así notificado de ineficacia, y una

---

<sup>629</sup> MARTÍN DELGADO, I.: "Concepto y régimen jurídico de la sede (administrativa) electrónica", en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *Administración electrónica...*, op. cit., pp. 504-505

<sup>630</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 192

posterior actuación administrativa basada en dicho acto ineficaz (como el embargo de una cuenta bancaria por impago de la sanción) devendría inválida, puesto que dicha notificación es susceptible de generar indefensión. Salvo en caso de que se demuestre que no se ha producido indefensión, con arreglo a la mecánica habitual de esta cuestión<sup>631</sup>, se debe considerar que el acto administrativo notificado es ineficaz.

A pesar de que la mayoría de las vicisitudes que podrían darse en relación con la sede electrónica y el punto de acceso general afectan, fundamentalmente, a la eficacia de la actuación administrativa y, por ende, se incardinarían en el plano de la (in)capacidad de lo transmitido para producir efectos, aspecto diferenciado de la validez del acto o la perfección del documento, cuestiones, como ya se tuvo ocasión de examinar, relacionadas entre sí, pero diametralmente diferenciadas. Así ha tenido ocasión de afirmarlo el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2008<sup>632</sup>, al tratar de la notificación:

“La función que cumple la notificación en la estructura del acto administrativo no es la de ser una condición para su validez, sino un requisito para su eficacia. Sólo desde que se lleve a cabo correctamente y con la seguridad de que ha llegado al conocimiento del destinatario del acto puede éste desplegar sus efectos.

Es ésta la doctrina constante de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, reflejada en numerosas sentencias entre las que podemos citar como más recientes, y en la misma línea, las 17 de febrero (RJ 1992, 2236) y 24 de marzo de 1997 (RJ 1992, 4620), 19 de mayo (RJ 1998, 3858) y 29 de junio de 1998 (RJ 1998, 5040)”.

No obstante lo anterior, existen supuestos en que puede verse afectada la validez o perfección del acto o documento administrativo, que serán expuestas a continuación.

El primer supuesto que podría darse sería el contenido en el artículo 27.3.d), 2º LPAC, que establece la obligación de las Administraciones Públicas de alojar en la sede electrónica el servicio correspondiente de cotejo de documentos mediante código seguro de verificación, en caso de no alojarse en dicha sede.

Los documentos o actos administrativos objeto de cotejo pueden reunir todos los requisitos del artículo 26.2 LPAC, y los actos administrativos, adicionalmente, los

---

<sup>631</sup> Vid. ARANA GARCÍA, E.: “La indefensión como...”, *op. cit.*, pp. 1985 y ss. y GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, *op. cit.*, pp. 545-547

<sup>632</sup> RJ 2008\323 (Rec. nº 76/2005)

requisitos legalmente exigibles en cada caso concreto; pero no sería posible su cotejo de forma segura, ya que a pesar de que incorpora un Código Seguro de Verificación, el servicio de comprobación o cotejo se encuentra ubicado en lugar virtual distinto a la sede electrónica.

La seguridad que ofrece la sede electrónica, al integrar un certificado de autenticación de sitio web, que a su vez deberá ser reconocido o cualificado *ex artículo 38.6 LRJSP* (nuevamente entra en escena en este punto la regulación contenida en el ReIDAS sobre el particular a la que se hizo referencia en el Capítulo correspondiente<sup>633</sup>), resulta fundamental para garantizar la integridad y autenticidad de su contenido, por lo que al encontrarse ubicado el documento de cotejo en un lugar no seguro tecnológicamente, no podría defenderse su validez o perfección.

En este punto se debe diferenciar la validez del documento original de la de la copia a cotejar. Puede que el documento o acto administrativo original cumpla todos los requisitos necesarios y sea válido por encontrarse además alojado en servidor seguro, pero la copia obtenida no gozar de las garantías necesarias de integridad y autenticidad. Sin embargo, a pesar de encontrarse en lugar no seguro, si el documento o acto administrativo se encuentra válidamente firmado electrónicamente sería perfecto o válido, respectivamente, siempre que dicha firma se encuentre vigente y pueda comprobarse la integridad, autenticidad y autoría del mismo<sup>634</sup>.

Por su parte, el artículo 66.1.f), 2º LPAC establece que las Administraciones deben mantener y actualizar un listado con los códigos identificativos vigentes de sus órganos,

---

<sup>633</sup> *Vid.* Capítulo IV, apartado 2

<sup>634</sup> A título complementario, la Resolución de 14 de julio de 2017, de la Secretaría General de Administración Digital, por la que se establecen las condiciones de uso de firma electrónica no criptográfica, en las relaciones de los interesados con los órganos administrativos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos prevé, en su apartado IV *ab initio*, como garantía de funcionamiento del sistema de firma no criptográfica, el empleo de sello electrónico reconocido por parte del organismo competente, debiendo añadir así mismo el sello electrónico de tiempo cualificado y garantizar el almacenamiento de las evidencias de verificación de la identidad, que deberán recopilarse antes del acto de la firma y también posteriormente junto con el consentimiento del interesado con el contenido firmado, almacenándose todo junto con el contenido o información presentados. Así, para garantizar el no repudio, el apartado VI.1 de la Resolución establece una serie de requisitos para garantizar la trazabilidad del proceso de autenticación para el caso de ser necesario auditarlo, información que deberá almacenarse sellada con certificado electrónico reconocido y sello electrónico de tiempo cualificado, conforme con lo dispuesto en el apartado VII. En estos supuestos, conforme con el apartado IV de la Resolución citada, el organismo responsable del procedimiento emite un justificante de firma sellado con su sello electrónico de órgano y genera un código CSV para que pueda comprobarse la autenticidad e integridad de este consultando la sede electrónica de dicho organismo de forma gratuita, el cual deberá poderse comprobar en la sede electrónica conforme a lo comentado previamente.

centros y unidades administrativas en la sede electrónica. Para GAMERO CASADO<sup>635</sup> dicha imposición efectuada a tenor de las normas técnicas de interoperabilidad se prevé para identificar de forma incontrovertible la autoría de los documentos electrónicos, por lo que podría darse en la práctica el supuesto de que un documento o acto administrativo contenga únicamente el código identificativo del órgano, centro o unidad administrativa que dicta el acto y no se encuentre publicado en la sede electrónica el listado referido, caso en el que el destinatario del acto no tendría la certeza del autor del que proviene el acto o documento, por ejemplo a efectos de su impugnación. En estos casos el acto administrativo podría incurrir en invalidez (anulabilidad), salvo que del contenido del mismo se desprenda efectivamente el órgano, centro o unidad administrativa que lo ha dictado pues, al tener posteriormente a su elaboración aplicada la firma electrónica, indubitadamente puede tenerse la certeza de su autoría.

---

<sup>635</sup> GAMERO CASADO, E.: "Funcionamiento electrónico del...", *op. cit.*, p. 99



## **CAPÍTULO VIII: LÍMITES DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO**

### **1. Límites generales de los efectos de la invalidez**

En primer lugar, debe partirse del hecho de que, en aras a la obtención de una declaración de invalidez de un acto administrativo determinado, deberán tanto los administrados como la Administración utilizar los cauces adecuados para ello, según el caso, dada la presunción de validez de que gozan los actos administrativos, como ya se ha tenido ocasión de apuntar anteriormente.

En este sentido, los instrumentos que los administrados tienen a su disposición para conseguir la declaración de invalidez de un acto son principalmente los recursos administrativos (alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión, amén de otros específicamente creados en determinados ámbitos sectoriales como el recurso especial en materia de contratación pública) y contencioso-administrativos, accionables en vía administrativa y judicial, respectivamente. Igualmente pueden hacer uso, cuando se trata de un supuesto de nulidad de pleno Derecho, de la acción de nulidad *ex* artículo 106.1 LPAC, o de la revocación del artículo 109, prevista para actos desfavorables que contravienen la legalidad ordinaria o para actos que, aun inicialmente válidos, devienen inválidos por alterarse las condiciones (normativas o materiales) iniciales que dieron lugar a su producción.

Por su parte, la Administración tiene a su disposición diversos instrumentos en función del vicio de que se trate. Así, vicios determinantes de nulidad de pleno Derecho pueden dar lugar al empleo de la revisión de oficio (artículo 106 LPAC); en caso de ser el acto anulable, procederá la declaración de lesividad, que exige la posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 107 LPAC); y, por último, para actos de gravamen (sean nulos o anulables) pueden ser expulsados por la propia Administración empleando para ello la revocación de oficio con los límites del artículo 109 LPAC (que no suponga exención o dispensa no permitida por las leyes o contravenga el principio de igualdad, el interés público o el ordenamiento jurídico).

Además de los mecanismos citados previamente, también puede la Administración acudir a las técnicas de convalidación en el caso de actos anulables, como se tendrá ocasión de examinar con posterioridad, así como a otras como la conversión.

### 1.1. Los efectos de la invalidez y su necesaria modulación

A pesar de que, como ya se expuso con anterioridad, tradicionalmente se han distinguido los efectos de la declaración de invalidez, según se trate de un vicio de nulidad absoluta (meros efectos declarativos de la resolución que la aprecie por ser un vicio existente *ab initio*) o de anulabilidad (efectos constitutivos), lo cierto es que en la práctica no tiene sentido dicha distinción, puesto que todos los actos administrativos, al dictarlos, gozan de la presunción de validez y comienzan a desplegar efectos, por lo que difícilmente puede negarse que el pronunciamiento no goce de efectos constitutivos sea cual sea el grado de invalidez del mismo, impidiéndose en caso de su apreciación la generación de efectos posteriores y debiendo procederse a la restitución de las situaciones jurídicas originadas anteriormente sobre la base de un acto anulado.

Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>636</sup>, la ejecutividad y eficacia inmediatas de los actos administrativos se anteponen al problema de su validez, de forma que las tradicionales características de la nulidad de pleno Derecho como su carencia de efectos o la posibilidad de ser desconocido por su destinatario no puede predicarse sin más en Derecho Administrativo, pues el acto nulo también produce de inmediato modificaciones de la realidad, por lo que hay que reaccionar contra él.

Y es que, en cuanto a los efectos o las consecuencias de la invalidez de los actos administrativos, deben tenerse en cuenta la diferenciación que efectúa CANO CAMPOS<sup>637</sup> a este respecto, al distinguir entre los efectos de la declaración autoritativa de la invalidez (desde el punto de vista material) y el momento desde el que comienzan a producirse tales consecuencias (desde el punto de vista temporal).

Así, desde el punto de vista material, un acto que incurre en invalidez contraviene las previsiones normativas establecidas y, por ende, no debería producir efectos, no obstante lo cual, es del todo conocida la presunción de validez de los actos

---

<sup>636</sup> Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 21 y ss.

<sup>637</sup> CANO CAMPOS, T.: "Validez e invalidez...", op. cit., pp. 1909 y ss.

administrativos propugnada por el artículo 39.2 LPAC. Una vez constatada la invalidez del acto por el correspondiente órgano administrativo o judicial, según el caso, resulta evidente que no producirá efectos *ad futurum* como principal consecuencia de su invalidación, pero queda la cuestión de determinar los efectos que previamente, en virtud de dicha presunción de validez, ha producido durante su vida jurídica. Para el precitado autor, la ineficacia como impedimento a la producción de efectos jurídicos únicamente puede establecerse hacia el futuro, por lo que debe hablarse de improcedencia del amparo de aquellos efectos que haya producido el acto como consecuencia de su presunción de validez y ejecutividad en primera potencia.

Igualmente, en el ordenamiento jurídico-administrativo alemán el § 43 Abs. 3 VwVfG establece de forma taxativa que el acto nulo es ineficaz, claridad que es puesta de manifiesto por la doctrina alemana, como RAMSAUER<sup>638</sup>, STELKENS<sup>639</sup> o STEIN<sup>640</sup>. Para MAURER<sup>641</sup>, la consecuencia directa de la nulidad de pleno Derecho es la ineficacia, y afirma que el destinatario del acto no tiene siquiera que impugnarlo, simplemente inobservarlo y, de ejecutarse por la Administración, defenderse impugnando dicha ejecución sobre la base de la nulidad del acto, pudiendo hacerlo en vía administrativa o judicial indistintamente; por el contrario, de tratarse de un acto meramente anulable, dicha ineficacia no operaría, sino que sería necesaria su previa impugnación para conseguir la correspondiente anulación del acto.

Por tanto, determinados actos nulos o anulables han podido llegar a ejecutarse, por lo que podrían ser merecedores de protección y, por ende, procedería la restitución de la realidad indebidamente alterada, de forma que la problemática girará, una vez constatada la modificación material de la realidad jurídica por un acto inválido, en determinar si la mantiene o no, en función de si el ordenamiento jurídico considera la situación digna o no de protección. Igualmente, REBOLLO PUIG<sup>642</sup> entiende que, tanto

---

<sup>638</sup> KOPP, F.O., RAMSAUER, U., TEGETHOFF, C. y WYSK, P.: *Verwaltungsvehrfahrgesetz Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 1057 y ss.

<sup>639</sup> STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar...*, *op. cit.*, p. 1670

<sup>640</sup> STEIN, en el comentario efectuado al § 43, "Wirksamkeit des Verwaltungsaktes" o eficacia de los actos administrativos, concretamente a su apartado 3, en la obra colectiva de BAUER, R, HECKMANN, D., RUGE, K., SCHALLBRUCH, M. y SCHULZ, S.E.: *Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government*, Kommunal- und Schul- Verlag, 2. Auflage, Wiesbaden, 2012, p. 572

<sup>641</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, *op. cit.* p. 305

<sup>642</sup> REBOLLO PUIG, M., VERA JURADO, D.J. (Dir.) y CARBONELL PORRAS, E. (Coord.): *Derecho Administrativo. Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2017, pp. 110 y ss.

en supuestos de nulidad como de anulabilidad, se aspira a la restitución de la legalidad, produciéndose en ambos casos las consecuencias que el autor califica de aniquiladoras de la invalidez, independientemente del régimen de ésta (lo que recuerda a lo anteriormente reseñado en cuanto a la tradicional, pero demostradamente carente de fundamento en la mayoría de los casos, caracterización de ambos grados de invalidez a efectos meramente clasificatorios), quizás debido a que la dinámica de la invalidez debe tender a asemejarse a lo que en Derecho Romano fundaba dicha institución, esto es, como vías para que los ciudadanos pudiesen accionar procesalmente, más que como categorías teóricas de encasillamiento de situaciones jurídicas. Para dicho autor, en los supuestos de invalidez sobrevenida habría de excepcionarse la eliminación de los efectos ya producidos por los actos por la propia naturaleza de dicha invalidez, no originaria, sino surgida como consecuencia de un cambio de las circunstancias o del ordenamiento jurídico aplicable (suele darse en actos cuyos efectos se prolongan en el tiempo, como las autorizaciones), momento a partir del cual la Administración deberá dejar sin efectos el acto a partir del momento del surgimiento de la disconformidad jurídica.

Así, una vez anulado el acto, ya por vicios de nulidad absoluta, ya de anulabilidad, el problema radicará en determinar si se restituyen todos los efectos producidos por el mismo desde que fue dictado o no, en función de si concurren otros principios tales como el de seguridad jurídica o el de confianza legítima, incluso el interés público, para concluir si se deben o no mantener los efectos producidos por el mismo. No es que estas normas, como indica acertadamente CANO CAMPOS<sup>643</sup>, conviertan el acto en válido, sino que simplemente protegen determinados hechos generados por un acto inválido por entender que son dignos de protección en el caso concreto. Este efecto de la anulación, de efectos *ex tunc* de la nulidad absoluta, es precisamente lo que motiva, a juicio de GARRIDO FALLA<sup>644</sup>, la defensa de la tesis de la inexistencia como tercera categoría adicional a la nulidad absoluta y anulabilidad, lo cual para el citado autor resulta inadmisibles porque la determinación de un vicio de invalidez de un acto exige la previa existencia de éste, pues en caso contrario no podría hablarse de acto ni, por ende, de su invalidez.

---

<sup>643</sup> CANO CAMPOS, T.: "Validez e invalidez...", *op. cit.*, p. 1914

<sup>644</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Régimen de impugnación...*, *op. cit.*, p. 208

## 1.2. Los límites derivados del artículo 110 LPAC

El artículo 110 LPAC establece, en materia de revisión en vía administrativa de actos viciados, una serie de límites a la misma, al disponer que no se podrán ejercer cuando, por prescripción de las acciones, el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, resulte contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes<sup>645</sup>. Para CARBONELL PORRAS<sup>646</sup>, dichos límites son de aplicación general y, por tanto, aplicables tanto en supuestos de actos favorables o desfavorables por lo que, aunque reconoce que respecto a los primeros radica su principal utilidad, ello no impide su aplicación a supuestos comprendidos en el artículo 109.1 LPAC, el cual establece la imposibilidad de revocar actos desfavorables o de gravamen, además de por haber prescrito, por constituir dicha revocación dispensa o exención no permitida por las leyes, o por ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. Siguiendo a dicha autora, la finalidad del artículo 110 LPAC es establecer ciertos límites a las facultades de revisión de los actos administrativos cuando concurren motivos de justicia material que lo justifiquen, debiendo ponderarse en cada caso concreto teniendo en cuenta todas las circunstancias, para resolver la pugna entre el principio de legalidad y otros valores como los citados que apuestan por el mantenimiento del acto. Del tenor literal del precepto se desprende que lo relevante no son los supuestos enumerados, sino el elemento teleológico de los mismos, por cuanto las circunstancias enumeradas no constituyen una lista *numerus clausus*, sino más bien *numerus apertus*, al disponer la fórmula abierta "...o por otras circunstancias".

Así lo ha interpretado la jurisprudencia, por ejemplo en un conocido supuesto en que se declaró la nulidad de pleno Derecho del acto de concesión de determinadas ayudas por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, no obstante lo cual, aplicando el entonces vigente artículo 106 LRJPAC (actual artículo 110 LPAC) afirmó que "[...] el tiempo transcurrido desde que se otorgó

---

<sup>645</sup> Particularmente didáctica resulta la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (JUR\2018\185036 -Rec. nº 2011/2016-), que recuerda el sentido y naturaleza de tales límites de forma muy clarificadora.

<sup>646</sup> CARBONELL PORRAS, E.: "Revisión de actos...", *op. cit.*, pp. 2355-2356

la subvención, que supera con creces el de prescripción de cuatro años previsto en la Ley General de Subvenciones para su reclamación, constituye precisamente en el caso de autos una de tales circunstancias que fuerzan a atemperar por razones de seguridad jurídica la nulidad declarada, anulando sus efectos restitutorios”, precisando incluso que “aunque ciertamente tiene razón la Administración recurrente en que difícilmente podría correr el plazo de prescripción para reclamar una cantidad cuya percepción ha sido declarada nula de pleno derecho antes de dicha declaración de nulidad, tal doctrina interpretativa está desconectada de la interpretación jurídica efectuada”, por lo que puede apreciarse cómo funcionan de forma separada ambas cuestiones: el inicio del cómputo del plazo de prescripción en supuestos de declaración de nulidad, de un lado, y la aplicación de los límites a los efectos de la nulidad *ex* artículo 110 LPAC, de otro, siendo por tanto independientes, en consecuencia de lo cual a supuestos en que exista un acto nulo en cualquier momento, o uno anulable sin haber transcurrido los 4 años de la prescripción, puedan aplicárseles los límites del precepto citado.

Para CARBONELL PORRAS<sup>647</sup>, la referencia genérica del artículo 110 LPAC a “las leyes” permite negar la posibilidad de revisión en supuestos en que se violen determinados principios del ordenamiento jurídico no citados expresamente, como el de seguridad jurídica o confianza legítima, este último por duplicado, al considerarlo la autora manifestación directa del de buena fe, el cual se encuentra ya expresamente reconocido en el precitado artículo, y de cuya manifestación en el ámbito del Derecho Administrativo ha tenido ocasión de pronunciarse CASTILLO BLANCO<sup>648</sup>, aunque para este autor el principio de protección de confianza se incardina más bien en el principio de seguridad jurídica<sup>649</sup> y, además, recuerda que otras “leyes” establecen límites al ejercicio de las potestades de revisión, como aquellos supuestos en que el acto es confirmado por una sentencia judicial y se produce el efecto de la cosa juzgada, que a pesar de no haberse reconocido expresamente en la LPAC sí que en otras regulaciones se prevé, como en el artículo 213 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> CARBONELL PORRAS, E.: “Revisión de actos...”, *op. cit.*, p. 2357

<sup>648</sup> CASTILLO BLANCO, F.A.: *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 271-276

<sup>649</sup> CASTILLO BLANCO, F.A.: *La protección de...*, *op. cit.*, pp. 273-274

<sup>650</sup> CASTILLO BLANCO, F.A.: *La protección de...*, *op. cit.*, p. 280

### 1.3. El principio de confianza legítima

Como ya se ha apuntado en los apartados anteriores, diversos principios jurídicos velan por el cumplimiento del ordenamiento jurídico y apostarían, al situarse ante un acto viciado, por la eliminación de este, en especial el de legalidad, que se enfrentaría al de seguridad jurídica en la pugna por la decisión acerca del mantenimiento o la expulsión del acto viciado y los efectos producidos por el mismo en la realidad material.

No obstante, otros principios abocarían por el mantenimiento del acto o alguno de los efectos producidos por éste, entre los cuales, por su especial importancia y vocación de actuar como límite a la eliminación de los efectos producidos por un acto inválido, procede hacer expresa referencia al principio de confianza legítima o, en su vocablo original germano, *Vertrauensschutz*, el cual es un principio jurídico de creación eminentemente jurisprudencial<sup>651</sup>, en íntima relación con el de buena fe pero mayor arraigo con el de seguridad jurídica para CASTILLO BLANCO<sup>652</sup>, que se creó jurisprudencialmente en la República Federal de Alemania<sup>653</sup>, aunque algún autor sitúe su origen en el ordenamiento jurídico de su vecino geográfico<sup>654</sup>, reconociéndose por los Tribunales en dos vertientes distintas, como ilustra LEÓN CAVERO<sup>655</sup>: de un lado, con motivo de la revisión de los actos administrativos que adolecían de defectos formales;

---

<sup>651</sup> Así lo trata generalmente la jurisprudencia, como puede apreciarse a lo largo de la obra de MARTÍNEZ MOYA, J.A.: *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Ed. Diego Marín Librero, Murcia, 2012

<sup>652</sup> En este sentido, CASTILLO BLANCO explica cómo el principio de buena fe, de origen iusprivatista, surge en un primer momento en la relación Estado-ciudadano pero, en el actual Estado Social y Democrático de Derecho, tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, el encaje del principio de confianza legítima encuentra mayor sustento en el principio de seguridad jurídica, al basarse el primer en relaciones privadas entre iguales y no ser así en el caso del Estado, el cual se encuentra investido de mayores prerrogativas, lo cual a su vez tiene mayores ventajas por tener cierto encaje constitucional y propiciar un enfrentamiento con el principio de legalidad confiriendo igualdad de armas a las partes implicadas, y pudiendo llegar a sustentar así las legítimas expectativas del ciudadano frente a la Administración en determinados casos; *vid.* al respecto CASTILLO BLANCO, F.A.: *La protección de...*, *op. cit.*, p. 274

<sup>653</sup> En este sentido, GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 29

<sup>654</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ opina que el origen de este se encuentra en la República Popular de Polonia, cuyo Código de Procedimiento Administrativo de 14 de junio de 1960 lo recogía en su artículo 6, opinión que manifiesta en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 365

<sup>655</sup> LEÓN CAVERO, R. A.: "Principio de confianza legítima. Sus orígenes y recepción por la jurisprudencia comunitaria y española", *Revista de Jurisprudencia*, Ed. El Derecho Editores, Año VII, Número 1, 2011, p.

y, de otro, con el de control de la constitucionalidad de las leyes que modificaban situaciones previamente consolidadas.

El primer pronunciamiento jurisprudencial en relación con la revisión de actos que adolecen de vicios formales fue del *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* en su sentencia de 14 de noviembre de 1956<sup>656</sup>, en un caso en el que se procedió a revisar de oficio la pensión de una viuda que vivía en la *Deutsche Demokratische Republik* (DDR) cuando se trasladó a Berlín, habiéndosele certificado previamente por la Administración que, en caso de trasladarse a la zona occidental, seguiría percibiendo la pensión de viudedad. El Tribunal alemán sentenció que la Administración le había generado una confianza, al certificar la continuidad en la percepción de la pensión, que debía protegerse.

En relación con las leyes modificadoras de situaciones preexistentes, la primera sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán data de 19 de diciembre de 1961<sup>657</sup>, en la que se estableció que el ciudadano ha de poder confiar en que su comportamiento, acorde con la normativa vigente en un momento determinado, seguirá manteniéndose en determinadas condiciones, en un futuro (al menos en el más próximo) por lo que, si el legislador establece consecuencias jurídicas desfavorables para el mismo retroactivamente, lesiona su confianza legítima, que ostenta con base en el principio de seguridad jurídica.

Por tanto, puede afirmarse que el principio de confianza legítima es aquél que surge para contrarrestar las consecuencias del nacimiento de un acto administrativo o norma jurídica que viola de forma sorpresiva la confianza que previamente sus destinatarios habían depositado en el poder público del que también emanan, sin que hayan podido prever la modificación siendo mínimamente diligentes y previsores, todo ello además sin que se hayan establecido medidas transitorias de adaptación o de inaplicación temporal (*vacatio legis*) para que aquéllos puedan adaptar su comportamiento al nuevo escenario jurídico creado.

---

<sup>656</sup>DÖV, 1957, 27, pp. 753-756

<sup>657</sup>BVerfGE 13, 279.



Para GARCIA MACHO<sup>658</sup>, la apreciación por parte del órgano judicial de una violación del principio de confianza legítima se produce como reacción del juez a una utilización abusiva de la norma o del acto administrativo que, sorpresivamente, viola la confianza de sus destinatarios, quienes no preveían tal cambio o, al menos, su aplicación sin determinadas medidas o disposiciones transitorias que contrarrestasen tal giro normativo o administrativo.

Pues bien, la aplicación práctica del principio de confianza legítima<sup>659</sup> no sólo opera en materia de validez de los actos, sino que exige también su reconocimiento en materia de administración electrónica, por cuanto los ciudadanos deben confiar en la tecnología que el conjunto de Administraciones Públicas existentes pone a su disposición, confianza que no deben ver vulnerada en ningún supuesto, salvo por motivos de interés general debidamente justificados, que prevalecen sobre los intereses particulares en todo caso. Así, por ejemplo, cuando un acto administrativo es firmado manuscritamente por un sujeto que no se encuentra investido de la autoridad necesaria por faltar su nombramiento legal o la toma de posesión de su cargo, se incumple uno de los requisitos de carácter subjetivo del acto. Para determinar si éste debe o no anularse por tal motivo, se debe proceder a la ponderación de la relevancia de la omisión en el caso concreto en función de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Si el de legalidad prevalece, el acto se anulará; si el de seguridad jurídica y, en consecuencia, el de confianza legítima son más relevantes en el caso concreto, deberá mantenerse el acto administrativo o bien, de estimarse su eliminación, los efectos producidos durante su vida jurídica.

Igualmente, la Administración dicta actos administrativos y los notifica por medios electrónicos y con ello, evidentemente, origina la confianza en el administrado de que el acto es válido y la notificación correcta, por lo que aquél también deviene eficaz. De no verificarse algún requisito, por ejemplo, que el acto ha sido dictado por la Administración (elemento subjetivo del acto) por cualquier motivo (piénsese en la posibilidad de un ataque informático, más conocido como *hackeo*, a los equipos,

---

<sup>658</sup> GARCÍA MACHO, R.J.: "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 56, 1987, p. 560

<sup>659</sup> Para un estudio de la aplicación práctica del principio en Derecho inglés puede consultarse SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: "El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 114, 2002, pp. 233-264

sistemas o servidores de la Administración) y haber propiciado una actividad positiva o negativa en el administrado, la anulación o no del acto dependerá del alcance de la ilicitud y la pugna entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, como se apuntó anteriormente.

No obstante, además de la anulación o no del acto notificado pero que no fue dictado realmente por la Administración, el principio de confianza legítima deberá tenerse también en cuenta en relación con el tratamiento que se otorgue a la actividad llevada a cabo por el administrado, pues ésta no debería posteriormente conllevar consecuencias negativas para aquél que confió legítimamente y con la diligencia debida (no por un error burdo, que sería inexcusable) en aquélla, por cuanto resultaría también de aplicación a la Administración la regla del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, o prohibición a los sujetos de beneficiarse de su propia torpeza previa en relación con la vulneración de la seguridad de sus sistemas informáticos, de origen *iusprivatista* pero aplicado al ámbito del Derecho Administrativo por la jurisprudencia<sup>660</sup>.

Por todo ello no sólo debería reconocerse la confianza legítima como Principio General del Derecho con las funciones inherentes a esta categoría jurídica, sino que en relación con la e-Administración debería erigirse en derecho sustantivo de los ciudadanos a confiar legítimamente en los conocimientos técnicos, tecnológicamente neutros, de la Administración, así como en los actos administrativos que ésta dicta.

Debe tenerse en cuenta, por último, que tanto la jurisprudencia comunitaria como la legislación alemana, como expone GARCÍA LUENGO<sup>661</sup>, deniegan la protección de una situación de confianza cuando el interesado conocía la antijuridicidad del acto, o incurría

---

<sup>660</sup> La conjunción de ambos principios daría lugar, por ejemplo, en relación con la actividad administrativa electrónica, a la prohibición de alegar, por parte de la Administración, la utilización por el administrado de un sistema de firma electrónica simple, si de su uso se derivan actos viciados por este motivo, por cuanto aquél siguió escrupulosamente las indicaciones de la Administración la cual, además, pone a su disposición tal sistema de firma para, por ejemplo, en tanto en cuanto el ciudadano confió, legítimamente, en que los medios que la propia Administración le proporcionaba para relacionarse con ella por medios electrónicos eran perfectamente válidos, sin que las consecuencias de su utilización puedan perjudicarle, todo ello bajo la premisa de la concurrencia de buena fe en la conducta del administrado, pues de lo contrario su protección decaería totalmente. En relación con el segundo principio citado puede consultarse, para un estudio con mayor profundidad, la excelente aportación doctrinal con un extenso estudio jurisprudencial de REBOLLO PUIG, M.: "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa", *Documentación Administrativa*, nº 263-264, 2002.

<sup>661</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 307

en negligencia manifiesta por deber haberla apreciado, tal y como dispone el parágrafo § 48 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG en la legislación alemana y ha sido también asumido por la jurisprudencia española pudiéndose citar al respecto, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999<sup>662</sup>.

## **2. El principio de conservación de los actos administrativos y las técnicas de sanación**

El artículo 103.1 de la Constitución Española establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Por tanto, del tenor literal del precepto se desprende que la eficacia se erige en principio constitucional vertebrador de toda actuación administrativa, punto de partida de la cuestión a tratar en el presente Capítulo.

Una de las manifestaciones del principio de eficacia la constituye la vocación de permanencia y vigencia de los actos administrativos, como regla general vigente en el Derecho Administrativo, lo cual supone que el ordenamiento jurídico-administrativo va a procurar en todo caso la pervivencia de todos los actos administrativos, en especial aquellos viciados (siempre y cuando el vicio no sea de tal magnitud que exija su expulsión de la vida jurídica, como sucede con los actos viciados de nulidad absoluta aunque con alguna excepción, como se verá), por razones de eficacia y seguridad jurídica, como acertadamente apunta MUÑOZ MACHADO<sup>663</sup>.

El propio Tribunal Supremo ha precisado que debe moderarse la apreciación de la invalidez en Derecho Administrativo, dado su carácter antiformalista por antonomasia, por evidentes razones de mantenimiento de la actuación administrativa, habiendo llegado a afirmar, en su sentencia de 22 de marzo de 1994<sup>664</sup>, que:

“[...] se ha de reiterar la doctrina de esta Sala sobre la nulidad o anulabilidad procedimental de los actos administrativos, recordando que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las

---

<sup>662</sup> RJ 1999\269 (Rec. nº 10679/1990)

<sup>663</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 210

<sup>664</sup> RJ 1994\3297 (Rec. nº 3694/1990)

nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad ha de ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición del interesado en el expediente, y en fin, cuantas circunstancias concurren, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado, lo que desaconseja la adopción de tal drástica medida, siguiendo lo propugnado por el artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y el 66 de la actualmente vigente [se refiere a la LRJPAC] y la filosofía de que el derecho no es un fin en sí mismo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados, tanto en su realización como en su omisión, de los efectos que produzcan, toda vez que el culto a la forma ha de ser rendido en cuanto sirve de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido de la potestad administrativa. En definitiva, no puede confundirse el vicio de nulidad, derivado de la omisión total y absoluta del procedimiento establecido o de los demás supuestos contemplados en el artículo 47 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo, con la simple irregularidad formal no productora de indefensión”.

Así mismo, en estrecha relación con el principio de presunción de validez de los actos administrativos, GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>665</sup> hace referencia al *favor acti*, que se traduce en el principio favorable a la conservación de los actos que tiene su reconocimiento en el propio ordenamiento jurídico a través de las figuras o técnicas de convalidación, conversión e incomunicación de la invalidez de los actos.

Para GARCÍA LUENGO<sup>666</sup>, este principio general de conservación debe ser considerado, además, como manifestación de los principios de economía procesal (como además establece la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002<sup>667</sup> para justificar la improcedencia de anular determinados pagos efectuados por la simple anulación de la liquidación que dio lugar a los mismos cuando la misma reúne los requisitos de una

---

<sup>665</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...* op. cit., p. 698

<sup>666</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 310

<sup>667</sup> RJ 2002\918 (Rec. nº 9333/1997)

nueva liquidación conforme a Derecho) y de eficacia, a los que habría de añadirse el de eficiencia en la actividad de las Administraciones Públicas.

Debe tenerse en cuenta que estas técnicas están previstas expresamente para los actos administrativos (resolutorios o de trámite, según el caso), sin que se contemplen para los documentos administrativos. A pesar de ello, también el principio de eficacia en relación con la presunción de validez debería tener cierta manifestación en los documentos administrativos en soporte electrónico, debiendo reconocerse el principio de presunción de perfección de los mismos como prerrogativa de la que puede ser justa acreedora la Administración ya que, dados los nuevos requisitos establecidos para la perfección del documento administrativo en general en el artículo 26.2 LPAC (aunque la LPAC se refiera, a mi juicio erróneamente, a requisitos de “validez”, concepto que, como definiendo en el presente trabajo, debe reservarse a los actos administrativos), ninguna duda cabe de que la ausencia de gravedad en caso de incumplimiento de alguno de ellos haría totalmente inviable la necesidad de generarlo nuevamente por la Administración, pudiéndose establecer supuestos en los que, además de operar la presunción de perfección, pudiesen establecerse instrumentos para “sanarlos” en determinados casos en que incurran en algún defecto subsanable.

La regulación positiva de estas técnicas aplicables, actualmente en exclusiva, a los actos administrativos se encuentra en la LPAC, concretamente en sus artículos 49 a 52.

En primer lugar, el artículo 49.1 LPAC establece los límites a la extensión de la nulidad y anulabilidad de los actos, previendo la incomunicación de la invalidez a los actos sucesivos independientes del originador del vicio; en segundo lugar, el artículo 49.2 LPAC regula la posibilidad de declarar la invalidez parcial de un acto definitivo o de trámite, salvando así la parte no viciada; por su parte, el artículo 50 LPAC centra su objeto en la conversión o transformación de actos nulos o anulables; el artículo 51 LPAC, a continuación, regula la conservación de los actos, haciéndolo extensible a determinados trámites, que se mantendrían inalterables de no haberse incurrido en invalidez; y, por último, el artículo 52 LPAC regula la convalidación o subsanación *stricto sensu* de los actos anulables.

## 2.1. El principio de presunción de validez de los actos administrativos

En estrecha relación con el principio anterior se encuentra el de presunción de validez de los actos administrativos, habiendo precisado NIETO GARCÍA<sup>668</sup> que dicha regla implica que son válidos mientras no sea declarado lo contrario por un órgano competente, por muy graves que sean sus vicios; en consecuencia, para dicho autor (a diferencia de BELADÍEZ ROJO<sup>669</sup> quien, al examinar la convalidación, lo hace refiriéndose a actos inválidos que se sanan con efectos retroactivos) la convalidación no remedia la invalidez de un acto, sino que impide que se produzcan los efectos propios de dicha invalidez.

A pesar de su importancia, este principio ha sido objeto de escasos estudios monográficos, entre los que destaca la excepcional aportación de REBOLLO PUIG<sup>670</sup>. Tampoco el legislador ha aclarado convenientemente las consecuencias jurídicas directas que se derivan de dicha presunción, como acertadamente ha puesto de manifiesto DOMÉNECH PASCUAL<sup>671</sup>, que pueden manifestarse de diversas formas como, entre otras, la traslación al particular de la carga de la impugnación del acto para declarar su invalidez, defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>672</sup>, así como por BOCANEGRA SIERRA<sup>673</sup>, o la presunción de legalidad que en muchas ocasiones conlleva la discrecionalidad que, junto con la presunción de validez, originan una mezcla, en muchos casos, explosiva.

El principio de presunción de validez de los actos, también conocido como privilegio de autotutela declarativa, permite aceptar con carácter provisional que los mismos son válidos y ajustados a Derecho mientras no sea declarado administrativa o judicialmente lo contrario. BLANQUER CRIADO<sup>674</sup> distingue una triple ficción en relación con la autotutela declarativa, a saber: (i) ficción de validez, que se aplicaría cuando el acto

---

<sup>668</sup> NIETO GARCÍA, A.: “Estudio preliminar” en BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 17

<sup>669</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., pp. 194 y ss.

<sup>670</sup> REBOLLO PUIG, M.: “La presunción de validez”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 125, 2005, pp. 587-638

<sup>671</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G.: “El principio de presunción de validez”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, 1ª ed., Madrid, 2010, pp. 1031-1061

<sup>672</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de derecho...* op. cit., p. 626

<sup>673</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 120

<sup>674</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *Derecho Administrativo. El fin, los medios y el control*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 434

administrativo es una resolución que pone fin al procedimiento y contiene una declaración de voluntad; (ii) la ficción de veracidad o certeza de las actas expedidas por ciertos empleados públicos, aplicable cuando se trata de declaraciones de conocimiento de hechos comprobables empíricamente; y la (iii) ficción de acierto, de aplicación cuando el contenido del acto es una declaración de juicio susceptible de distintas valoraciones. Todas ellas responden a la finalidad de blindar la eficacia directa e inmediata del acto administrativo, garantizando así un funcionamiento eficaz y eficiente de las Administraciones Públicas.

La presunción de validez de los actos administrativos se contiene actualmente en el artículo 39.1 LPAC, el cual dispone que: “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”. Evidentemente, se trata de una presunción *iuris tantum* (que admitiría por tanto prueba en contrario) de que el acto administrativo cumple con todos los requisitos intrínsecos exigidos, fundamentalmente los que conforman los elementos del acto administrativo (objetivo, subjetivo, causal y formal).

Al respecto, debe tenerse en cuenta, como advierten GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>675</sup>, que incluso en caso de detectarse cualquier desviación de lo jurídicamente exigible al acto (que lo haga incurrir en invalidez, en cualquiera de sus grados, o en una mera irregularidad no invalidante), esta presunción obliga al acatamiento del mismo en sus estrictos términos, hasta que se produzca su anulación por cualquiera de los mecanismos que el Derecho reconoce, tanto a favor de la Administración (revisión de oficio) como a instancias del interesado (impugnación del acto a través de los correspondientes recursos). Es por ello por lo que CANO CAMPOS<sup>676</sup> precisa que, más que afirmar que el acto inválido es ineficaz y no produce ningún efecto, sería más correcto afirmar que debe ser ineficaz y que, ni debe producir ningún efecto en el futuro, ni deben ampararse los ya producidos como consecuencia de la presunción de validez y

---

<sup>675</sup> GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de...*, op. cit., p. 536

<sup>676</sup> CANO CAMPOS, T.: *Validez e invalidez...*, op. cit., p. 1911. Así tuvo ocasión también de afirmarlo anteriormente en CANO CAMPOS, T.: “El laberinto de...”, op. cit., p. 22, con cita de doctrina en este sentido, entre los que cabe destacar a SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 175

ejecutividad del acto<sup>677</sup>, reconociendo así que un acto inválido puede haber producido efectos, como confirma además objetivamente la práctica forense. Por ello afirma el autor<sup>678</sup> que “el aforismo clásico *quod nullum est nullum effectum producit* habría de ser sustituido por este otro *quod nullum est nullum effectum producere debet*”.

Algunos autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>679</sup> definen esta característica como presunción de “legalidad” o de “legitimidad” de las decisiones administrativas, la cual origina una serie de consecuencias, consistentes en que: (i) desde el mismo momento en que se dicta el acto se crea el derecho o la obligación contenida en el mismo por su propia fuerza declarativa; y (ii) la presunción es *iuris tantum* (como se apuntó anteriormente), sin que tenga el acto el valor de una sentencia declarativa o cosa juzgada, a pesar de la carga de impugnación que incumbe al destinatario del acto, sin que además por el mero hecho de recurrir la decisión se detengan sus efectos en virtud del privilegio de que goza la Administración, pero tampoco implique un desplazamiento probatorio absoluto del *onus probandi* o carga de la prueba al recurrente, que normalmente corresponderá a la Administración una vez se hayan puesto de manifiesto por aquél las irregularidades en que incurre el acto.

Por supuesto, la presunción de validez de los actos administrativos está anudada al privilegio de autotutela ejecutiva de que goza así mismo la Administración, consecuencia o máxima expresión de la anterior, pues permite la ejecución forzosa del acto administrativo respecto al administrado que se oponga a su cumplimiento voluntario, que no obstante debe estar, en cualquier caso, justificada por razones de protección y de servicio a los intereses generales con la debida objetividad ex artículo 103 CE.

---

<sup>677</sup> Téngase en cuenta que el autor hace radicar en este punto una de las diferencias más importantes en relación con las consecuencias de la invalidez originaria y la sobrevenida: en el primer caso el ordenamiento jurídico no debe amparar ninguno de los efectos producidos por el acto inválido desde que fue dictado, mientras que en el segundo la privación de efectos tiene lugar desde el momento en que sobreviene el vicio que invalida el acto. Cfr. CANO CAMPOS, T.: *Validez e invalidez...*, op. cit., p. 1911

<sup>678</sup> Cfr. CANO CAMPOS, T.: “El laberinto de...”, op. cit., p. 22

<sup>679</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 558



## 2.2. La incomunicación (electrónica) de la invalidez *versus*<sup>680</sup> la conservación electrónica de actos y trámites electrónicos

El artículo 49.1 LPAC establece que: “la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero”, reconociendo así expresamente un claro límite a la extensión de la invalidez de un acto a los sucesivos que no dependan del mismo.

Del tenor literal de dicho precepto, al hacer referencia a un acto intermedio (no resolutorio) del procedimiento al perfilar el supuesto de hecho que provoca la incomunicabilidad de la invalidez, se desprende que la LPAC se está refiriendo a un concreto tipo de acto: aquellos de trámite viciados que den lugar a su nulidad o anulabilidad.

Este precepto está en íntima relación con el artículo 51 LPAC, que se examinará posteriormente, el cual regula la conservación de actos y trámites que se mantendrían igual de no haberse incurrido en invalidez, por cuanto se trata realmente de una consecuencia de dicha incomunicabilidad o intransmisibilidad del vicio de que adolece el acto de trámite.

El artículo 49 LPAC establece realmente dos limitaciones a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos, precisándose la primera en este apartado 1, de carácter procedimental, esto es, incardinada en la vida propia del procedimiento administrativo, al disponer que la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero, consagrándose así la regla de la incomunicabilidad de la invalidez, y reservando el apartado 2 una segunda limitación al

---

<sup>680</sup> Aunque el término latín “*versus*” (abreviatura “*vs.*”) ha sido tradicionalmente empleado para representar un enfrentamiento o contienda, probablemente debido a su empleo por la jurisprudencia inglesa en sus pronunciamientos judiciales (debe precisarse al respecto que, en Derecho inglés, se distingue en la acepción del término y su abreviatura “*v.*” en función de si se trata de un proceso civil, caso en que significa “*y*”, o de uno penal, en el que significa “*contra*”, como aparece descrito en WOODLEY, M.: *Osborn’s Concise Law Dictionary*, Ed. Thomson Reuters-Sweet & Maxwell, 11ª ed., 2009, p. 430), su significado etimológico real es “*hacia*” o “*dirigido a*”, que es el que se emplea y da significado a la presente rúbrica; no obstante, el propio Diccionario de la Real Academia Española recoge sus significados “*frente a*” o “*contra*”, admitiendo a su vez su procedencia inglesa; no obstante, también el origen de la acepción inglesa proviene del latín, como reconoce la propia entrada de la acepción, con el significado anteriormente referido (puede consultarse en la dirección web: <http://dle.rae.es/?id=bfyaXi1>, última consulta efectuada el 12/10/2018).

regular la invalidez parcial, que se examinará en el apartado correspondiente del presente Capítulo.

Como acertadamente ha apuntado BOCANEGRA SIERRA<sup>681</sup>, se refuerza así la idea de que el procedimiento es el marco adecuado para la subsanación progresiva de los vicios en que puedan incurrir los actos y trámites que lo conforman y preceden al acto administrativo resolutorio del mismo.

En definitiva, se trata de determinar los actos y trámites que pueden verse afectados por la nulidad de otro y los que pueden conservarse sin afectación, lo cual sucederá en la práctica si un acto dictado sobre la base de otro hubiese tenido un contenido distinto de no haberse incurrido en el vicio determinante de la invalidez de que adolece el originario.

Algunos autores defienden el carácter formal de los vicios que dan lugar a esta regla o previsión legal, como BELADÍEZ ROJO<sup>682</sup>, mientras que otros como GARCÍA LUENGO<sup>683</sup> estiman que, a pesar de referirse la Ley a “actuaciones”, puede aplicarse esta incomunicabilidad a supuestos tradicionalmente problemáticos como los nombramientos antijurídicos de funcionarios, los cuales no deben implicar necesariamente la nulidad de los actos adoptados por éstos si no incurren en vicios de carácter material, criterio razonablemente admisible.

En este caso debe determinarse si procede la aplicación de esta regla de incomunicabilidad a supuestos en que concurre un motivo de invalidez en el seno del procedimiento administrativo electrónico. Piénsese en supuestos en que un vicio específico del nuevo soporte electrónico en que se asienta el procedimiento administrativo en la actualidad afecte a un acto o trámite concreto, de forma que deban determinarse los efectos que provocará dicho vicio.

En este sentido, en un supuesto conocido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 29 mayo de 2002, resuelto en su sentencia 902/2002<sup>684</sup>, dos aspirantes para el ascenso en el Cuerpo Nacional de Policía no fueron citados como se preveía en las Bases de la convocatoria a la realización de una prueba, sino a través de un correo electrónico

---

<sup>681</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 204

<sup>682</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 282

<sup>683</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 325

<sup>684</sup> JUR 2002\236785 (Rec. nº 641/2000)

a las Unidades del cuerpo, sin que tuviesen cuenta habilitada los miembros del Servicio a que pertenecían los recurrentes, por lo que no pudieron realizar una de las pruebas correspondientes, al llegar únicamente un fax informativo varias horas después de la fecha y hora previstas para su realización. Téngase en cuenta que, por la fecha que data la sentencia, la sede electrónica aún no tenía el recorrido que actualmente ostenta, pero sus consecuencias proceden ser traídas a colación dado que, además, en el seno de una Administración Pública se permite, a efectos internos, las comunicaciones a través de correo siempre que se proporcionen los medios necesarios para ello, como la habilitación de una cuenta de correo corporativa para la práctica de comunicaciones que, en este caso, no se verificó.

Así, en este caso el Tribunal sentenció que se trataba de un defecto de forma el cual, como daba lugar a indefensión de los interesados, debía producir la anulación del acto afectado por ese vicio, a tenor de lo dispuesto en el entonces vigente artículo 63.2 de la LRJPAC (actual artículo 48.2 LPAC). No obstante, precisó que, en virtud del principio de conservación de actos, en la parte no afectada por la anulación (artículo 66 LRJPAC, actual artículo 51 LPAC) no resultaba necesario para restablecer los intereses de los recurrentes que esa anulación alcanzase a todo el proceso selectivo, bastando pues con que se les permitiera a los aspirantes excluidos realizar la prueba correspondiente. De esta forma, se evitaba, de conformidad con el artículo 103 CE que sustenta esta figura jurídica, la innecesaria reiteración de actuaciones que no resultan afectadas por el vicio, como las pruebas realizadas por el resto de los aspirantes al proceso de selección.

Por su parte, como requisitos para la aplicación de este precepto, ALENZA GARCÍA<sup>685</sup> refiere dos que se infieren directamente del tenor literal de la Ley: (i) la existencia de actos de trámite sucesivos o anteriores (estos últimos no están expresamente citados en la Ley por razones de evidencia lógica); y (ii) que sean independientes del viciado, ya que en caso contrario no procedería la incomunicación.

Así, la declaración de invalidez del acto definitivo podrá declarar formalmente la conservación de aquellos actos de trámite independientes del primero sin que, como apunta BELADÍEZ ROJO<sup>686</sup>, sea preceptivo, salvo en caso de encontrarse en un supuesto

---

<sup>685</sup> ALENZA GARCÍA, J.F.: “Límites de la invalidez y conservación de los actos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de procedimiento...*, op. cit., p. 2072

<sup>686</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., pp. 291-292

de invalidez parcial, ya que en este último habría de declararse expresamente qué parte concreta del acto resulta inválida y qué otra puede continuar desplegando efectos por ser válida, como se verá en el apartado correspondiente, por razones evidentes de seguridad jurídica, ya que en caso contrario se entendería inválido el acto en su totalidad.

Adicionalmente, debe referirse que mientras que para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>687</sup> no se puede ordenar en ningún caso la retroacción del procedimiento al momento en que se cometió el vicio, salvo en supuestos en que el que resuelve es el superior jerárquico del órgano que dictó el acto, sobre la base de que dicha facultad excede la de declarar los actos que pueden conservarse por no estar viciados de invalidez, otros como BELADÍEZ ROJO<sup>688</sup> apuntan a que en determinados casos debe reconocerse tal potestad, salvo en el caso de los actos de gravamen o en caso de invalidez por cuestiones de fondo (recuérdese que se entiende que los vicios son procedimentales, por ello los actos sobre los que recae son de trámite y no resolutorios del procedimiento), ya que en ningún caso se empeora la situación jurídica del recurrente.

Un supuesto particular se plantea en el caso de dictarse un acto administrativo sobre la base de un documento defectuoso, nos encontramos ante un supuesto similar (*mutatis mutandis*, ya que este ejemplo se basa en un acto administrativo definitivo y no de trámite) al acaecido cuando se ejecuta un acto que adolece de un vicio de nulidad absoluta, caso en el que el acto de ejecución posterior deviene inválido, por lo que el acto administrativo (debe entenderse un acto de trámite, al ser el supuesto previsto por el legislador) dictado con sustento en un documento electrónico defectuoso podría ser, así mismo, inválido. Ya no se trataría de un supuesto de incomunicabilidad de la invalidez, sino del defecto de que adolece el documento, precisión ésta necesaria dada la calificación del documento como “defectuoso” (en lugar de “inválido”) que se ha defendido a lo largo del presente trabajo para distinguir los vicios que afectan al acto de los que afectan a los documentos administrativos electrónicos.

---

<sup>687</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La doctrina de...*, op. cit., pp. 170-171. Para este autor, aunque en muchos casos son los propios recurrentes los que solicitan la declaración de nulidad de actuaciones, al no estar este *petitum* fundado en precepto legal alguno, el juez no resulta vinculado por él.

<sup>688</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 293

Sin embargo, en este caso debe distinguirse si se trata de un documento esencial (decisivo) para la adopción del acto administrativo o si por el contrario el mismo no condiciona el fondo del asunto ni produce indefensión a los interesados. Por tanto, el carácter defectuoso de los documentos que han servido de fundamento a la hora de dictar el acto, reputándose por tanto esenciales, podrá dar lugar a la invalidez del acto mismo; por el contrario, si el documento defectuoso no es esencial, no provocará en todo caso su invalidez, siempre que exista un interés público en su mantenimiento; todo ello, sin perjuicio de la conveniencia de proceder a la subsanación de los defectos que afecten al documento en cualquier caso, en aras del pulcro cumplimiento del principio de legalidad en la actividad administrativa electrónica.

En este punto habrá de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 49 LPAC, esto es, la incomunicación de la invalidez del apartado 1, que debe reformularse en el sentido expuesto anteriormente de dar cabida a los defectos documentales y no únicamente a los tradicionales vicios de invalidez de los actos administrativos, así como la conservación de actos y trámites del artículo 51 LPAC que se examinarán en el apartado siguiente.

Así, al dictarse un acto administrativo sobre la base de un documento administrativo electrónico defectuoso, son dos las posibles soluciones a adoptar: (i) declarar la invalidez del acto sin más, debiendo por tanto dictarse uno nuevo en sustitución del invalidado; o (ii) reconocer la incomunicabilidad del vicio documental al acto y, por ende, la validez de este por tratarse de un defecto que no le deba afectar por algún motivo debidamente justificado.

En este sentido, para determinar, en el segundo supuesto, si concurre un motivo justificado que haga prevalecer el mantenimiento del acto, debe examinarse desde el prisma de la pugna que surge entre el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad: el primero de ellos, que hace inclinar la balanza hacia el mantenimiento del acto por existir razones de interés público que así lo aconsejen; y, el segundo, que la inclina hacia la invalidez e ineficacia del acto hasta que se dé cumplimiento a todos los requisitos legalmente establecidos tanto en el documento administrativo electrónico que sirve de base al mismo como en el acto administrativo electrónico en sí, pugna que,

como apunta BOCANEGRA SIERRA<sup>689</sup>, es una consecuencia del ya citado principio *favor acti* reconocido en el artículo 49 LPAC, al que el autor añade el de economía procesal. A efectos de valorar la aplicación de la incommunicabilidad, habrá de estarse a la naturaleza del vicio de que adolece el documento, para determinar si se trata de meras irregularidades que no originan en ningún caso un documento defectuoso o, por el contrario, de defectos de mayor gravedad que sí dan lugar al mismo e impiden su perfección. Es en este último caso en el que podrá darse la incommunicabilidad de los defectos documentales, toda vez que, en el caso de las meras irregularidades, directamente no incidirían en la validez del acto posterior. Por tanto, una vez afirmada la relevancia del defecto documental, procede examinar su graduación y las razones de la misma, para determinar si la gravedad del defecto impide la incommunicabilidad, como sucedería en el caso de ausencia de firma electrónica del documento electrónico, por no poder garantizarse la autenticidad, integridad y autoría del mismo si ha sido determinante al momento de dictar el acto de trámite posterior o si, por el contrario, puede aplicarse el artículo 49.1 LPAC y mantenerse los actos de trámite posteriores independientes del documento declarado defectuoso.

### 2.3. La conservación de actos y trámites

En estrecha relación con la incommunicabilidad de la invalidez, motivo por el cual se trae a colación a continuación, se encuentra la conservación de actos y trámites reconocida en el artículo 51 LPAC, el cual establece que “el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”, previsión que, para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>690</sup>, se encuentra al servicio del principio *utile per inutile non vitiatur*, al que GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO<sup>691</sup> añaden el de economía procesal.

---

<sup>689</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 201

<sup>690</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 699

<sup>691</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la...*, op. cit., p. 1749

A pesar de la dicción literal del precepto, como advierte ALENZA GARCÍA<sup>692</sup>, generalmente se entiende que la nulidad afecta a un acto de trámite que provoca la anulación de las actuaciones, cuya explicación ubica, con cita de BELADÍEZ ROJO<sup>693</sup>, en el hecho de que los vicios de forma afectan sólo a una parte del contenido de la resolución, razón por la cual el precepto alude a “actos y trámites”. Esta última autora precisa que debe existir una parte del contenido del acto que hubiese permanecido inalterada de no cometerse el vicio de forma determinante de la invalidez de la otra parte, sin que sea además aplicable a supuestos distintos, como aquellos vicios de forma que determinan una mera irregularidad no invalidante por no afectar al contenido del acto.

Alguna vez la jurisprudencia ha aplicado la conservación de actos y trámites a supuestos de invalidez parcial, como el supuesto resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001<sup>694</sup> en la que, ante un supuesto de incompetencia territorial por haber excedido la Administración de su ámbito de competencia, concluyó que podían conservarse los actos y trámites llevados a cabo por aquélla para los terrenos situados en su ámbito territorial, anulándose para el resto.

No obstante, a diferencia de la intransmisibilidad de la invalidez ya tratada en el anterior apartado, en este caso sí es necesaria una declaración formal del órgano decisor en virtud de la cual se reanude el procedimiento en el trámite en que se cometió el vicio, retrotrayéndose por tanto las actuaciones a dicho momento, a pesar de que, en la práctica, en ocasiones, no se observe dicha declaración.

Lo que en ningún caso procede es la aplicación de la conservación de actos y trámites para mantener los efectos del acto anulado, lo cual es inviable jurídicamente sin la existencia de un acto administrativo vigente, dictado originariamente o en sustitución de uno anulado pues, a mayor abundamiento, los actos que se conservan son de trámite, tras la correspondiente anulación de la resolución inválida pues, a juicio de GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO<sup>695</sup>, el supuesto de aplicación es el de la conocida “nulidad de actuaciones” por un defecto esencial de procedimiento.

---

<sup>692</sup> ALENZA GARCÍA, J.F.: *Límites de la...*, op. cit., p. 2074

<sup>693</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 286, en especial la nota al pie 18

<sup>694</sup> RJ 2001\1732 (Rec. nº 231/1996)

<sup>695</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la...*, op. cit., p. 1750

La aplicación de la técnica de la conservación de actos y trámites no tiene en el ámbito de lo electrónico especialidad alguna, más allá de la potestad (que en virtud de los principios anteriormente citados podría erigirse incluso en deber) de conservar aquellos actos y trámites dictados o realizados en soporte electrónico, cuyo contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido infracción alguna, en caso de declararse la invalidez de determinadas actuaciones llevadas a cabo en el seno del correspondiente procedimiento administrativo electrónico.

#### 2.4. La invalidez parcial

En conexión con la incomunicación de la invalidez ya examinada en el presente Capítulo, la segunda limitación a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos del artículo 49 LPAC viene dada en su apartado 2, al disponerse que la nulidad o anulabilidad de una parte del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que, sin ella, el acto administrativo no hubiera sido dictado, reconociendo así la figura de la invalidez parcial de los actos administrativos, como manifestación del principio acuñado en Derecho Romano *utile per inutile non vitiatur* (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>696</sup>, así como BELADÍEZ ROJO<sup>697</sup>).

Este segundo apartado exige, como requisitos de la invalidez parcial, que el acto sea susceptible de división (bien por acumularse varios pronunciamientos administrativos, bien por ser divisible su contenido o, simplemente, susceptibles de cuantificación, como sería el supuesto de cantidades económicas) y que la parte afectada de invalidez no tenga carácter esencial (como exige también, en el ordenamiento jurídico alemán, el § 44.4 VwVfG), de forma que sin el mismo el acto no hubiese sido dictado.

Como acertadamente afirma GARCÍA LUENGO<sup>698</sup>, esta última exigencia plantea problemas en los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, toda vez que la valoración para determinar la invalidez total o parcial del acto deberá atender el fin que persigue la norma que atribuyó la potestad discrecional, para así discernir si se está

---

<sup>696</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 699

<sup>697</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 295

<sup>698</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 323



ante un aspecto esencialísimo del mismo y, por tanto, no cabe apreciar su invalidez parcial o si, por el contrario, aun concurriendo el vicio, el acto hubiese sido dictado, caso en que procedería declarar únicamente la invalidez de la parte viciada.

Como requisitos para su apreciación pueden señalarse, con ALENZA GARCÍA<sup>699</sup>:

- (i) La divisibilidad del acto, que podría comprender, de un lado, la existencia de un acto con pluralidad de contenidos divisibles (como un deslinde administrativo) y, de otro, la divisibilidad material del objeto del acto, esto es, un solo pronunciamiento, pero materialmente divisible (como sería el caso de cualquier acto con datos matemáticos, cantidades, magnitudes - como volúmenes o superficies- e incluso con múltiples destinatarios -por ejemplo incluidos o excluidos indebidamente de un procedimiento).
- (ii) Carácter no esencial de la parte viciada, esto es, que no sea determinante, en el sentido de que sin esa parte el acto se habría dictado igualmente. Para determinar la esencialidad o no de la parte viciada, pueden seguirse criterios subjetivos (cómo hubiese actuado la Administración de conocer la nulidad), lo cual plantea no pocos problemas prácticos, por tener que situarse en la esfera intelectual de la Administración, y objetivos (si el acto puede cumplir su fin sin la parte viciada), caso en el que BELADÍEZ ROJO<sup>700</sup>, siguiendo a su vez a GARRIDO FALLA y PARADA VÁZQUEZ, entiende que debe distinguirse entre los actos reglados y los discrecionales, puesto que en el primer caso habrá de declararse en todo caso la nulidad parcial y en el segundo, por el contrario, habría previamente de determinarse si la parte viciada es la razón principal de emanación del acto y, por ende, deberá declararse la nulidad total, o la parcial si la respuesta es negativa. Sin embargo, para BELADÍEZ ROJO<sup>701</sup> no es correcto examinar la voluntad de la Administración para determinar si la misma habría dictado el acto aún a sabiendas de la existencia de una parte viciada, sino que debe tenerse en cuenta la existencia de actos en los que interviene la voluntad de terceros como presupuesto para dictar el acto, así como el hecho de que el acto, una vez emanado, pasa de ser

---

<sup>699</sup> ALENZA GARCÍA, J.F.: "Límites de la...", *op. cit.*, pp. 2091 y ss.

<sup>700</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, *op. cit.*, pp. 298-299

<sup>701</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, *op. cit.*, p. 303

voluntad de la Administración a cumplir un fin público del que la Administración es garante, por lo que es dicho fin el que debe tenerse en cuenta en este examen.

En definitiva, coincidiendo con la opinión de BELADÍEZ ROJO<sup>702</sup>, para que pueda declararse la invalidez parcial de un acto es necesario que tenga un contenido divisible en partes bien diferenciadas y que la parte no afectada de invalidez no dependa de la parte inválida, esto es, que tenga plena autonomía por ser susceptible de producir los efectos que el Derecho considera protegibles por ser conformes al mismo y, en virtud de todo ello, la parte conservada debe reunir todos los requisitos objetivos, subjetivos, causales y formales exigibles a todo acto. Sólo en caso de darse todas estas premisas procederá la aplicación de la invalidez parcial.

Como ejemplo específico del ámbito electrónico, nos encontraríamos ante un supuesto de invalidez parcial en caso de incurrir la copia de un documento en el defecto consistente en la ausencia de firma del funcionario público habilitado; así, el acto administrativo declarativo o de constancia estaría viciado de invalidez y sería anulable, pero el documento-copia en sí mismo simplemente habría quedado privado de su carácter de documento público administrativo. Pero tal vicio del acto de constancia no llegaría a afectar al acto o documento originario (documento-origen) y su correspondiente valor documental o probatorio reforzado, siempre y cuando el mismo reúna todos los requisitos establecidos, por lo que la invalidez se predicaría parcialmente, únicamente respecto del acto de constancia que forma parte de la copia.

## 2.5. Convalidación electrónica

La convalidación puede definirse, con BOCANEGRA SIERRA<sup>703</sup>, como aquella actuación a través de la cual la Administración subsana un acto inválido, consolidando su eficacia, a través de un nuevo acto administrativo que corrige los vicios del originalmente anulable. Por tanto, la convalidación parece identificarse con la subsanación de los actos administrativos viciados, aunque esto debe precisarse y cuestionarse.

---

<sup>702</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., pp. 306-307

<sup>703</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 201

BELADÍEZ ROJO<sup>704</sup> pone de manifiesto cómo el concepto de convalidación no ha sido una cuestión uniformemente tratada por la doctrina, y distingue a aquellos que definen la institución en función de la causa en virtud del cual el acto adquiere validez (citando a tal efecto a GONZÁLEZ PÉREZ, GARRIDO FALLA o ZANOBINI), de los que describen simplemente su función. Para la citada autora ninguno define correctamente la institución, toda vez que son formas de sanar el acto: el transcurso del tiempo, según ENTRENA CUESTA, o la subsanación de vicios, pero no las únicas y, por tanto, propone definir la convalidación como “un resultado que se produce cuando un acto inválido adquiere validez”, más acorde con las posturas de SANTAMARÍA PASTOR o CHINCHILLA MARÍN, según manifiesta la propia autora.

Debe apuntarse que pueden distinguirse dos tipos de convalidación de los actos administrativos: la convalidación legislativa y la administrativa, con distinto tratamiento en cada caso.

#### *2.5.1. Convalidación legislativa*

En relación con la convalidación legislativa, explica MUÑOZ MACHADO<sup>705</sup> que existen dos formas en virtud de las cuales el legislador puede provocar la sanación de actos nulos.

En primer lugar, a través de las novaciones del ordenamiento jurídico que, al modificar la regulación que servía de base al dictado de un acto, provocan que pasen de no ajustarse a las previsiones normativas a sí hacerlo. Piénsese en este caso, por ejemplo, en un acto administrativo en soporte electrónico dictado inobservando determinados requisitos técnicos (de seguridad o interoperabilidad) o utilizando una tecnología de firma electrónica novedosa aún sin reconocimiento legal, casos en que el acto incurriría en invalidez como se ha tenido ocasión de examinar anteriormente.

Pues bien, en estos casos, una posterior regulación normativa reconociendo la procedencia de tales técnicas o requisitos podría dar lugar a la sanación del acto, como una especie de convalidación tácita *ex lege* del mismo, rigiendo en cualquier caso, además de lo que establezca expresamente la Ley anteriormente referida, el principio

---

<sup>704</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., pp. 191-193

<sup>705</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 212

*tempus regit actum* y las reglas generales sobre la retroactividad de los actos administrativos (*vid. infra*).

En segundo lugar, se encuentra el supuesto en que el legislador convalida un acto administrativo concreto viciado de nulidad. Este supuesto ha sido examinado tanto por el Tribunal Constitucional (TC) español como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por tratarse de una injerencia del poder legislativo en el ejecutivo y, en consecuencia, una vulneración directa del principio de separación de poderes vigente desde 1789 gracias a las aportaciones de MONTESQUIEU<sup>706</sup> al actual Estado de Derecho. A pesar de ello, para autores como BOCANEGRA SIERRA sería admisible esta modalidad de convalidación siempre y cuando el ámbito de aplicación de la medida legislativa sea general, no para actos individualmente considerados, pues en caso contrario se vulnerarían los derechos procesales de los ciudadanos, en especial el derecho a un proceso equitativo, citando para el supuesto de la adopción de medidas legislativas cuando un proceso judicial se encuentra en curso, para determinar el resultado del mismo, las sentencias del TEDH de 9 de diciembre de 1994<sup>707</sup>, *As. Raffineries grecques Stran y Stratis Andreadis* contra Grecia, y de 28 de octubre de 1999<sup>708</sup>, *As. Zielinski y Pradal & Gonzalez* y otros contra Francia.

En el ámbito de la administración electrónica, esta primera modalidad de convalidación, la legislativa, puede resultar muy útil. Téngase en cuenta que tras la incorporación a la regulación jurídico-administrativa de los requisitos del artículo 26.2 LPAC que deben cumplir todos los documentos electrónicos y, por ende, todos los actos administrativos como tipo específico documental, han proliferado multitud de normas técnicas de naturaleza reglamentaria que, actualmente y *ex* artículo 37.2 LPAC, podría dar lugar a la invalidez del acto o a la generación de un documento defectuoso.

Dicho precepto va más allá, y parece referirse a la nulidad de pleno Derecho de las resoluciones administrativas que contravengan normas con rango reglamentario, lo cual realmente no tiene sentido, máxime teniendo en cuenta que una resolución administrativa que incurre en infracción de una norma de rango legal conlleva su

---

<sup>706</sup> Charles Louis DE SECONDAT, Baron DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU, en su conocida obra: *De l'Esprit des Lois*, 1748

<sup>707</sup> TEDH 1994\47 (Dem. nº 13427/1987)

<sup>708</sup> TEDH 1999\51 (Dem. nº 24846/1994)

anulabilidad ex artículo 48.1 LPAC; por tanto, se propone que la previsión del artículo 37.2 se interprete como el reconocimiento de la posibilidad de calificar un acto como anulable por una infracción reglamentaria. MELLADO RUIZ<sup>709</sup>, en este sentido, explica que caben diversas interpretaciones a la desacertada dicción literal del precepto. De un lado, que no toda vulneración reglamentaria por una resolución administrativa da lugar a su nulidad, pero surge el problema del silencio de la Ley en relación a qué supuestos concretos serían; de otro, cabría interpretar que el legislador ha equiparado “nulidad” a “invalidez”, lo que daría lugar a que no sería eficaz ninguna resolución administrativa que contravenga una disposición normativa. Sin embargo, el propio autor descarta ambas opciones y ubica la cuestión, al igual que GALÁN VIOQUE<sup>710</sup>, en el artículo 23.4 LG, entendiendo que la nulidad de pleno Derecho se ciñe a la dispensa singular de una norma reglamentaria a través de simples actos de aplicación, si bien comparte con este último la reflexión acerca de la ausencia de sentido de declararlo expresamente respecto a los reglamentos y, en cambio, no preverlo para la inaplicación o dispensa singular de una Ley.

Como se decía, esta infracción podrá ser por incumplimiento de la normativa técnica relacionada con los nuevos requisitos del artículo 26.2 LPAC, como se tuvo ocasión de examinar anteriormente<sup>711</sup>, es por ello que resulta interesante la posibilidad de que, aun habiéndose dictado un acto incumpliendo alguna norma legal o reglamentaria que conlleve su anulabilidad, si posteriormente se aprobase una norma modificando, por ejemplo, tales requisitos técnicos, el acto administrativo electrónico inicialmente inválido sería susceptible de convalidación, por devenir acorde con la regulación reglamentaria vigente *a posteriori*, si bien habrá de estarse a las reglas generales de la retroactividad (*vid. infra*).

#### 2.5.2. Convalidación administrativa

En relación con la convalidación administrativa, el artículo 52.1 LPAC establece que “la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”, excluyendo por tanto la convalidación de los actos nulos de pleno Derecho,

---

<sup>709</sup> MELLADO RUIZ, L.: “Supuestos de nulidad...”, *op. cit.*, pp. 1975-1978

<sup>710</sup> GALÁN VIOQUE, R.: “Anulabilidad e irregularidades...”, *op. cit.*, pp. 2033-2034

<sup>711</sup> *Vid.* Capítulos III y V

así como aquellos que hayan sido anulados en virtud de sentencia judicial, lo cual es ampliamente admitido por la doctrina<sup>712</sup>.

No obstante, para algún autor como BELADÍEZ ROJO<sup>713</sup>, el principio de conservación justificaría que determinados actos nulos también fuesen subsanables, opinión que no puede compartirse, toda vez que los vicios que provocan la nulidad son de tan extrema gravedad que no pueden ser sanados ni tan siquiera por el mero transcurso del plazo de impugnación, como sí ocurre con la anulabilidad, por lo que cualquier mecanismo que implique su convalidación debe excluirse.

Nada obsta a que, en el caso de los documentos administrativos en soporte electrónico que devengan defectuosos, pueda defenderse su posible convalidación, salvo en aquellos supuestos en que, de tratarse de un acto administrativo, hubiese conllevado su nulidad absoluta, por lo que lo expuesto respecto a los actos puede declararse extensible a los documentos, salvo alguna particularidad. Por ejemplo, el caso de un documento emitido por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, el mismo devendría defectuoso y no convalidable puesto que no tendría sentido alguno en la práctica y si se hubiese tratado de un acto administrativo hubiese conllevado su nulidad absoluta. No obstante, si el documento hubiese sido generado por un órgano jerárquicamente incompetente, podría ser subsanado por el superior jerárquico competente, al igual que sucedería con un acto administrativo dictado en soporte electrónico.

Un caso excepcional sería el de la convalidación de una copia inválida (anulable) por haber sido dictada por personal no funcionario. En este caso, no podría defenderse su convalidación a pesar de tratarse de un vicio de anulabilidad por la invalidez del acto de constancia, como se tuvo ocasión de examinar en el Capítulo correspondiente<sup>714</sup>, por cuanto el vicio ha afectado a un elemento o función tan fundamental como es el de fe pública, el cual debe ser insubsanable, en tanto en cuanto es un funcionario público el que debe comprobar la correspondencia entre documento-origen y documento-copia para que la copia adquiera la condición de auténtica, por lo que su convalidación no

---

<sup>712</sup> Por todos, BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 201; GALLEGU ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: *Acto y procedimiento administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 226; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 698

<sup>713</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., pp. 243 y ss.

<sup>714</sup> Vid. Capítulo VI

debería ser aceptable. Lo mismo ocurriría si la persona que efectúa la copia, motivo por el cual es defectuosa, es un tercero ajeno a la Administración, por haber ésta delegado la gestión documental en un prestador de servicios de naturaleza privada.

Otra cosa sería que el funcionario competente utilizase un certificado de firma electrónica caducado o revocado por el prestador de servicios de certificación, caso en el que podría entenderse el acto anulable o el documento defectuoso y podría operar la convalidación en caso de ratificación posterior de aquél.

Si bien los vicios de carácter formal no son fácilmente discernibles en cuanto a su posible convalidación, debe tenerse en cuenta, como acertadamente aprecia MUÑOZ MACHADO<sup>715</sup>, que con la anteriormente vigente LRJPAC desapareció la previsión del artículo 53.5 de la LPA de 1958 relativo a la imposibilidad de convalidar un acto viciado por ausencia de un informe preceptivo, ausencia que persiste en la actual LPAC y, por el contrario, se mantiene la previsión del artículo 52.4 LPAC, que permite la convalidación del acto viciado por la ausencia de alguna autorización, caso en que podrá convalidarse si se otorga con posterioridad por el órgano competente, siendo este precisamente uno de los dos casos expresamente previstos en que procede la convalidación.

Para BOCANEGRA SIERRA<sup>716</sup>, a pesar del silencio legal, la solución actualmente debe ser la misma, puesto que de otra forma no tendría sentido y sería absurdo el cumplimiento extemporáneo, toda vez que los informes son una garantía de acierto de la resolución final; en cualquier caso, la omisión de un informe preceptivo debería ser tratada como un supuesto de nulidad absoluta por ausencia de un trámite esencial del procedimiento administrativo residenciable en el artículo 47.1.e) LPAC por lo que, al no tratarse de un vicio de anulabilidad, no procedería la convalidación en ningún caso.

El otro supuesto legal en que procede la convalidación se regula en el artículo 52.3 LPAC, y consiste en que el acto incurra en incompetencia no determinante de nulidad que, por exclusión *ex* artículo 47.1.b) LPAC únicamente será la jerárquica, caso en el que podrá el acto viciado convalidarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que lo dictó, previsión que, como ya se tuvo ocasión de afirmar anteriormente, sería de aplicación a los documentos administrativos en soporte electrónico generados por un órgano jerárquicamente incompetente.

---

<sup>715</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 211

<sup>716</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, *op. cit.*, p. 202

Con carácter general, la convalidación se llevará a cabo por el órgano que dictó el acto, salvo en los supuestos anteriores en los que, evidentemente, dependerá del órgano competente para emitir la autorización o el superior jerárquico, respectivamente, en función del supuesto en que se encuentre el acto viciado. Así, subjetivamente, la decisión de subsanar corresponde al órgano competente para producirlo o revisarlo, teniendo en cuenta que, cuando se omite un documento esencial, primero se exige la emisión de dicho documento y posteriormente se acuerda la convalidación, debiendo examinarse para ello si así queda corregido el vicio o no.

Así mismo, el acto que convalida al inválido debe recaer sobre un acto subsanable, debiendo referirse a todos los elementos del acto viciado, aunque BELADÍEZ ROJO<sup>717</sup> se plantea si es posible la subsanación parcial, concluyendo la autora afirmativamente siempre y cuando se pueda emplear otra técnica simultáneamente, más concretamente la de la invalidez parcial, debiendo por tanto concurrir un acto administrativo divisible en partes diferenciadas e independientes y, aun existiendo vicios en las mismas, alguna de ellas debe ser subsanable. Lo que no podrá en ningún caso la subsanación es afectar a los derechos declarados en el acto a subsanar ni generar indefensión, pues en tales casos lo que procedería sería la anulación del acto.

En relación con dicho acto subsanable, debe tenerse en cuenta que el vicio de que adolezca únicamente podrá ser constitutivo de anulabilidad, en ningún caso de nulidad absoluta, pudiendo consistir en: incompetencia jerárquica, caso en que el superior jerárquico podría acordar la convalidación; ausencia de una autorización (artículo 52.4 LPAC), caso en el que se requiere un acto expreso de convalidación, pues la mera emisión de la misma no produce automáticamente la subsanación; la ausencia de informes preceptivos, caso en el que sería posible la convalidación si, aun tardíamente, el sentido del mismo coincide con el del acto, pues aunque la finalidad de éstos es ilustrar al órgano decisor, si es coincidente con la opinión de éste cabría aplicarla e incluso, de ser un informe de naturaleza potestativa, sería admisible la convalidación aun siendo de sentido contrario; por último, con carácter general, debe referirse que ALENZA GARCÍA<sup>718</sup> estima adicionalmente que, desde un punto de vista objetivo en relación con los vicios, siendo el acto contrario al ordenamiento jurídico lo procedente

---

<sup>717</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., pp. 219 y ss.

<sup>718</sup> ALENZA GARCÍA, J.F.: "Límites de la...", op. cit., p. 2113



sería su anulación, aunque si lo que se omite es una determinación legalmente exigible podría completarse la resolución, siempre y cuando no se vulneren derechos ni se genere indefensión.

En relación con los requisitos adicionales para proceder a la convalidación, el más evidente es que el acto no haya sido anulado, pues en este caso no habría acto alguno, así como que el mismo no haya sido impugnado judicialmente ante el orden contencioso-administrativo. Al no existir expresamente un plazo determinado para proceder a la convalidación, será el tiempo razonable que tome la subsanación del vicio, que dependerá en cada caso si se trata de realizar un trámite indebidamente omitido (téngase en cuenta al respecto que si se omite el trámite de audiencia es posible la subsanación de dicha omisión con la participación del interesado en el procedimiento revisor, en fase de recurso, por ejemplo), la emisión de un informe si se omitió, o la resolución del superior jerárquico en supuestos de incompetencia jerárquica. Tales premisas pueden resultar también de aplicación a los documentos administrativos generados en soporte electrónico, como se tuvo ocasión de apuntar anteriormente.

En cualquier caso, la convalidación producirá efectos, ex artículo 52.2 LPAC, desde la fecha en que se dicte el acto que convalida al viciado, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 LPAC para la retroactividad de los actos administrativos, en virtud del cual, excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a la que se retrotraiga la eficacia del acto y no se lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas. De esta forma se añade a dicho precepto este tercer supuesto de retroactividad, el de los actos de convalidación en caso de verificarse los postulados del 39.3 citados anteriormente, que reconoce así la retroactividad de los actos de convalidación. Respecto a la aplicación del artículo 39.3 LPAC deben tenerse en cuenta las limitaciones a imponer y, por ende, ser observadas, ante la decisión de retrotraer los efectos del acto administrativo anulado, como ha apreciado BELANDO GARÍN<sup>719</sup>: la prohibición de la *reformatio in peius*, el principio procesal de cosa juzgada, el de

---

<sup>719</sup> BELANDO GARÍN, B.: *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, Ed. Thomson Civitas, 1ª ed., Madrid, 2008, pp. 136-142

confianza legítima, el de equidad, así como la conocida interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Lo que no procedería en ningún caso sería mantener los actos posteriores al acto sancionador inválido, como multas coercitivas, un procedimiento de ejecución iniciado, los intereses, etc., pues, al estar basados en un acto inválido, serían así mismo inválidos *per se*, por lo que el acto de convalidación sólo se aplicaría retroactivamente respecto al primero.

En este ámbito vuelve a surgir la dicotomía comentada con anterioridad<sup>720</sup>, poniéndose en entredicho la distinción entre efectos *ex tunc* y *ex nunc* propios tradicionalmente (más en la teoría que en la práctica) de la nulidad absoluta y la anulabilidad, respectivamente, puesto que, como se desprende de la simple lectura de la LPAC, determinados actos dictados en sustitución de otros anulados podrán, razonadamente, producir efectos *ex tunc*.

Incluso es posible, como apunta GALÁN VIOQUE<sup>721</sup> con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006<sup>722</sup>, que se efectúe la convalidación por la propia Administración con motivo de la resolución que se adopte para resolver el recurso de alzada que eventualmente se interponga contra el acto que adolece del vicio, sin que en ningún caso proceda en virtud de la estimación del recurso en vía jurisdiccional contencioso-administrativa en el supuesto de actos administrativos adoptados en el ejercicio de potestades discrecionales, dada la limitación impuesta por el artículo 71.2 LICA, que obliga al órgano jurisdiccional a devolver las actuaciones a la Administración para que dicte un acto en sustitución del anulado, opinión que es compartida por otros como GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>723</sup>, en contraposición con otros como ARANA GARCÍA<sup>724</sup>, quien no obstante reconoce que el propio Tribunal Supremo en multitud de sentencias defiende dicha posibilidad de convalidación de la Administración en vía de recurso.

En relación con la posible convalidación de actos anulados judicialmente, vuelve a resurgir nuevamente la posible injerencia del poder ejecutivo en el judicial, provocando

---

<sup>720</sup> Vid. Capítulo II

<sup>721</sup> GALÁN VIOQUE, R.: "Anulabilidad e irregularidades...", *op. cit.*, p. 2037

<sup>722</sup> RJ 2006\4482 (Rec. nº 9756/2003)

<sup>723</sup> GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: Manual básico de..., *op. cit.*, pp. 546-547

<sup>724</sup> ARANA GARCÍA, E.: "La indefensión como...", *op. cit.*, pp. 2001 y ss.

la revocación del principio procesal básico de la cosa juzgada. Al respecto, la doctrina del TEDH, secundada por el TC español, admite dicha convalidación si la finalidad perseguida con ella es constitucionalmente legítima y proporcionada, exigiéndose motivos urgentes de interés general (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de junio de 2007<sup>725</sup>, *As. SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais* y otros contra Francia), aunque a juicio de autores como BOCANEGRA SIERRA<sup>726</sup> esta modalidad de convalidación no es admisible, al limitar las posibilidades de defensa jurídica del ciudadano y contravenir sus derechos fundamentales de carácter procesal.

En defensa de su rechazo, cita el autor la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2001<sup>727</sup>, la cual afirma que “...se pueden convalidar los actos anulables, pero no los ya anulados, porque estos han desaparecido del mundo jurídico”. No obstante, al respecto debe tenerse en cuenta la opinión de MUÑOZ MACHADO<sup>728</sup>, para quien es posible que se convaliden actos y trámites anulados judicialmente, sustentada jurisprudencialmente en sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de marzo<sup>729</sup> y 15 de noviembre de 2000<sup>730</sup>, si bien en estos supuestos la anulación de las normas que sustentaban los actos dictados posteriormente lo fue por vicios formales, no sustantivos, y en todo caso se daba cumplimiento a los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, irretroactividad de disposiciones desfavorables o restrictivas de derechos individuales y de confianza legítima. Sin embargo, el debate doctrinal sigue abierto en relación con la admisión de este tipo de convalidación.

Los actos dictados en soporte electrónico pueden ser, a su vez, convalidados siguiendo la actual regulación prevista para el soporte papel, si bien habrá de tenerse en cuenta la calificación de los posibles vicios a que el nuevo soporte electrónico en que se dictan los actos administrativos puede dar lugar, puesto que, en principio, aquellos determinantes de la nulidad absoluta del acto no serán susceptibles de convalidación conforme con la

---

<sup>725</sup> JUR 2007\147000 (Rec. nº 12106/2003)

<sup>726</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 201

<sup>727</sup> RJ 2002\6050 (Rec. nº 7700/1997)

<sup>728</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 212

<sup>729</sup> RTC 2000\73 (Rec. nº 2853/1998)

<sup>730</sup> RTC 2000\273 (Rec. nº 565/1994)

regulación actual, mientras que los determinantes de anulabilidad, por el contrario, sí lo serán.

Lo mismo cabe predicar de los documentos administrativos generados en soporte electrónico que sean defectuosos, debiéndose confrontar, como se apuntó anteriormente, el vicio de que adolece el documento con el vicio de que adolecería de tratarse de un acto administrativo puesto que, de constituir el defecto documental en un vicio que daría lugar a la nulidad absoluta del acto, no cabría reconocer la posibilidad de convalidar el documento, dada la gravedad de dicho vicio e improcedencia, por ende, de su convalidación.

La convalidación electrónica tendría la particularidad propia del nuevo soporte, consistente en que el acto administrativo que se dicta en aras a convalidar el acto viciado sería, al igual que el primero, electrónico, dada la ya conocida obligación de la Administración de generar todos sus actos y documentos en este soporte. Por tanto, dicho acto deberá observar también las previsiones normativas tanto de fondo como de forma, incluyendo los requisitos para la validez de los documentos electrónicos del artículo 26.2 LPAC, al tratarse de un nuevo acto administrativo electrónico que convalidará al originalmente viciado por cualquier motivo de anulabilidad.

En este punto podría darse el fenómeno hasta ahora desconocido que entiendo adecuado denominar *doble convalidación electrónica*. Se trataría de un supuesto consistente en la existencia de un acto administrativo anulable por cualquier motivo, para cuya sanación es dictado un nuevo acto administrativo en soporte electrónico que, a su vez, adolece de un motivo de anulabilidad, pero relacionado con el soporte electrónico en que se ha dictado.

En estos casos se daría la circunstancia de haberse dictado un acto de convalidación amparado en el principio *favor acti* o de mantenimiento de un acto anteriormente dictado, pero viciado, en aras a la verificación del principio de eficiencia en la actuación administrativa, el cual, a su vez, nuevamente sitúa al acto administrativo dictado convalidando al primero en el plano de la invalidez, si bien en esta ocasión no al originario, sino al dictado para sanar el primero. No tendría sentido, en estos casos, negar la posibilidad de proceder a la convalidación inicialmente prevista por haber incurrido nuevamente el acto en un vicio de anulabilidad, por ejemplo, por la inobservancia de los requisitos de firma electrónica legalmente establecidos.

Por tanto, en estos casos, aun siendo nada deseables, deberá procederse a una nueva convalidación del acto sanador, de forma que el plano de la validez de los actos administrativos quede impune, pero originándose el fenómeno de la doble convalidación electrónica, gracias a cuyo reconocimiento se evitaría que un acto administrativo cuya convalidación estuviese prevista, no quede finalmente sanado por *mor* de una actuación administrativa originadora nuevamente de un acto administrativo en soporte electrónico inválido por incumplir, por ejemplo, alguno de los requisitos establecidos en el artículo 26.2 LPAC.

Lo mismo podría ocurrir en el supuesto de convalidación de un documento defectuoso, puesto que en tales casos será igualmente necesario un acto administrativo expreso de convalidación del documento viciado, por lo que lo expuesto resulta también de aplicación.

## 2.6. Conversión electrónica

El origen de la institución de la conversión puede ubicarse, siguiendo a ESCUIN PALOP<sup>731</sup>, en el Derecho Romano, siendo posteriormente los romanistas del siglo XVIII y XIX los que propiciaron su inclusión en las regulaciones propias del Derecho Privado, como sucede en el ordenamiento jurídico-privado alemán, donde se recoge en el § 140 BGB al que luego me referiré, o en el italiano, en el que se recoge en el artículo 1424 de su Código Civil; no obstante, en el ordenamiento jurídico-privado español no se recoge expresamente, como el precitado autor examina, pudiendo colegirse únicamente de la interpretación del artículo 1258 CC o, aunque difiriendo de la esencia de la conversión, en sede testamentaria (artículo 715 CC) o documental notarial (artículo 1223 CC).

Como sucedía al examinar, al inicio del presente trabajo<sup>732</sup>, los orígenes y la traslación al ordenamiento jurídico-administrativo de la invalidez, nuevamente la conversión adolece de problemas similares, al no haber tenido siquiera una base firme en el

---

<sup>731</sup> ESCUIN PALOP, V.: *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., Madrid, 2012, pp. 20 y ss.

<sup>732</sup> *Vid.* Capítulos I y II

ordenamiento civil previamente a su implantación en el orden jurídico-administrativo, lo cual es abiertamente criticado por ESCUIN PALOP<sup>733</sup>.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico administrativo español el escueto artículo 50 LPAC dispone que *“los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste”*, reconociendo así positivamente la posibilidad de que un acto viciado “se convierta” en uno distinto, exento de vicios, que sí reúna todos los requisitos formales y materiales.

En este caso, a diferencia del anterior, es posible la conversión tanto en el caso de actos viciados de nulidad como de anulabilidad, si bien BOCANEGRA SIERRA<sup>734</sup> entiende que es necesario, así mismo, un acto expreso de conversión, en aquellos casos en que puedan existir dudas para el destinatario del acto sobre la validez del acto final, en aras de la observancia del principio de seguridad jurídica.

Para GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH<sup>735</sup>, la Ley se mueve en este punto del plano de la validez al de la eficacia, como una especie de mandato dirigido al órgano encargado de apreciar la nulidad o anulabilidad del acto para que declare que el anulado producirá los efectos correspondientes a aquél en que pueda convertirse, aunque la interpretación que los autores hacen del precepto se basa en el carácter declarativo de la expresión de voluntad de la Administración, que únicamente constata que se dan las circunstancias legales de la conversión, la cual opera automáticamente.

Igualmente ocurre en el ordenamiento jurídico alemán, en el que la doctrina mayoritaria<sup>736</sup> coincide en considerar la declaración de conversión como un mero acto declarativo. MAURER<sup>737</sup>, por su parte, precisa que dicha figura, recogida en el §47 VwVfG de conformidad con el § 140 BGB anteriormente referido, requiere, para que proceda la convalidación, la concurrencia de determinados requisitos, a saber:

- Que ambos actos estén dirigidos a un mismo objetivo
- Que el nuevo acto podría haberse adoptado por el mismo órgano administrativo

---

<sup>733</sup> ESCUIN PALOP, V.: *La conversión de...*, op. cit., p. 43

<sup>734</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 203

<sup>735</sup> GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: *Acto y procedimiento...*, op. cit., p. 229

<sup>736</sup> Por todos, SACHS, en STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar...*, op. cit., pp. 1808 y ss.; y RAMSAUER en KOPP, F.O., RAMSAUER, U., TEGETHOFF, C. y WYSK, P.: *Verwaltungsvehrfahrensgesetz Kommentar...*, op. cit., pp. 1128 y ss.

<sup>737</sup> MAURER, H. y WALDHOFF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht...*, op. cit., p. 306

- Que se cumplan las condiciones para su adopción
- Que no contradiga la intención objetivamente constatable del órgano adoptante
- Que las consecuencias jurídicas no sean desfavorables para el interesado<sup>738</sup>
- Que el acto administrativo originario fuese revisable
- Que se haya dado audiencia al interesado

Así, para el autor alemán, la conversión no es discrecional, sino que aparece por la fuerza de la ley cuando se dan los requisitos necesarios para ello y, por tanto, concluye que no puede adoptarse únicamente por el órgano administrativo, sino también por el órgano judicial, garantizándose la independencia de la Administración siempre y cuando el nuevo acto no contradiga la posición de la misma, pudiéndose por tanto instar por el ciudadano tanto en el seno del procedimiento administrativo como en el del proceso judicial.

Volviendo a la regulación española de la cuestión, también se apunta por los precitados autores (GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH) que el acto viciado no queda sanado en ningún caso, pudiéndose impugnar y conseguir la expulsión del ordenamiento jurídico, manteniéndose únicamente los efectos derivados de la conversión.

Lo cierto es que, aunque puedan originarse discusiones doctrinales en cuanto a la forma de operar el mecanismo de la conversión, en la práctica se produce necesariamente un nuevo acto administrativo que, conforme a la nueva LPAC, será en soporte electrónico, que “convierte” el acto viciado por nulidad o anulabilidad, en aquél para el que sí reúne todos los requisitos legalmente establecidos; es decir, el acto inválido queda convertido en uno válido, distinto del viciado, aunque comparta su origen.

Y el nuevo acto administrativo dictado debería ser, en principio, impugnabile, aunque algún autor alemán<sup>739</sup> entiende que dicha impugnabilidad dependerá de la calificación otorgada al acto o declaración de conversión, esto es, si es considerado un acto administrativo *stricto sensu* o no, pues la doctrina alemana discute sobre dicha

---

<sup>738</sup> Nótese que BELADÍEZ ROJO apunta la posibilidad de sanación de un acto incluso siendo desfavorable al interesado (BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia...*, op. cit., p. 246), lo cual es claramente puesto en entredicho por autores como GARCÍA LUENGO, por contradecir los postulados más básicos del Estado de Derecho (GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 313, nota al pie 154), posición esta última a la que debe sumarse el que suscribe.

<sup>739</sup> En este sentido se posiciona RAMSAUER, en KOPP, F.O., RAMSAUER, U., TEGETHOFF, C. y WYSK, P.: *Verwaltungsvehrfahrgesetz Kommentar...*, op. cit., p. 1007

consideración, aunque mi parecer se inclina en el sentido de la opinión vertida por GARCÍA LUENGO<sup>740</sup>, pues si se trata de una declaración proveniente de la Administración no tiene sentido plantearse si es un acto administrativo o no, ya que en este caso directamente lo es, al reunir todos los caracteres del mismo.

El citado autor apunta además la posibilidad de que la convalidación se lleve a cabo por parte del Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo, dictando una sentencia declarativa del carácter del acto tras la conversión, aunque para ello deberá haberse solicitado previamente en el *petitum* por las partes al inicio del proceso.

Pero debe tenerse en cuenta que, mientras que en la convalidación se mantenía el acto inicialmente inválido, en la conversión el acto original desaparece, aunque se utilicen sus “restos” para dar vida a uno nuevo y distinto de aquél, por lo que metafóricamente no sería un “ave fénix que resurge de sus cenizas”, sino que aquello “salvable” del original se emplea para crear uno nuevo.

La dificultad de la aplicación de la técnica de la conversión radica en sus requisitos, que rara vez se darán, toda vez que, en primer lugar, el acto debe ser nulo o anulable (y en este último supuesto no puede ser susceptible de convalidación, pues en este caso persistiría el acto tras aplicarse la técnica examinada en el apartado anterior por aplicación del principio de conservación de los actos administrativos); en segundo lugar deberán concurrir los elementos esenciales constitutivos del nuevo acto, incluidos los formales; en tercer lugar se exige una declaración de conversión, pues en todo caso se exige una valoración jurídica de la existencia de tales elementos esenciales, lo cual requiere un proceso intelectual *ad hoc*; y, por último, en conexión con el anterior, el órgano encargado de conocer de la validez del acto deberá ser competente para dictar el nuevo. Por tanto, como se puede vaticinar, han sido escasos los supuestos en que ha operado el mecanismo de la conversión, en la mayoría de los casos por existir otras técnicas sanadoras más fácilmente aplicables.

Alguno de los supuestos en que se ha hecho uso de dicha institución fue el asunto conocido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 1999<sup>741</sup>, en el que la Administración erró al calificar un expediente administrativo en virtud del cual se establecía una obligación urbanística de reposición de la realidad física alterada a su

---

<sup>740</sup> GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 318

<sup>741</sup> RJ 1999\4179 (Rec. nº 4620/1993)



situación anterior a la ilicitud cometida, configurándolo erróneamente como un procedimiento sancionador, hecho el cual hubiese dado lugar en el caso concreto a la imposibilidad de establecer sanción alguna por haber caducado el procedimiento por el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar.

Para el Tribunal Supremo, “...nuestro ordenamiento jurídico ha previsto mediante el instituto de la conversión de los actos administrativos la solución de estos errores administrativos que podrían llevar a que se entendiesen nulos ciertos actos dictados en ejercicio de las potestades administrativas correspondientes”, por lo que a pesar de su escasa aplicación práctica tiene virtualidad suficiente como para erigirse en institución necesaria en aras a la conservación de actos administrativos y, por ende, en garantizadora de la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa, la cual podría incurrir en pérdidas innecesarias de esfuerzo en supuestos como el examinado en dicho pronunciamiento.

Pero los pronunciamientos judiciales que han aplicado la técnica han sido de lo más variados, hasta el punto de que ESCUIN PALOP<sup>742</sup>, tras examinar multitud de ellos en supuestos variadísimos, ha señalado que son cuatro realmente los significados que caben atribuir a la conversión, a saber: (i) como medio para otorgar eficacia a un acto inválido pero que contiene los elementos de otro; (ii) como interpretación de una actuación administrativa que ha sido calificada erróneamente; (iii) como elemento mantenedor de los efectos de un acto inválido tras aplicar los principios generales del Derecho al caso concreto; y (iv) como elemento nuevamente mantenedor de la eficacia de actos inválidos, por suponer su anulación una grave injerencia en el interés público protegido por la Ley.

En cuanto a los efectos de la conversión, GARCÍA LUENGO entiende que deben extenderse al futuro, y coincide con BOCANEGRA SIERRA<sup>743</sup> en que en aquellos casos en que el acto sea favorable y no afecte a derechos e intereses de terceros podría aplicarse retroactivamente si se dan los requisitos del artículo 39.3 LPAC; a diferencia de otros como GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO<sup>744</sup>, quienes estiman que los efectos deben ser *ex tunc* en cualquier caso.

---

<sup>742</sup> ESCUIN PALOP, V.: *La conversión de...*, op. cit., p. 204

<sup>743</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el...*, op. cit., p. 203

<sup>744</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la...*, op. cit., pp. 1634 y ss.

Para ESCUIN PALOP<sup>745</sup>, por su parte, aceptar o no la posibilidad de otorgar efectos *ex tunc* a la conversión dependerá, de un lado, de la concurrencia de una base real, unos hechos o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la emisión del acto administrativo posterior; y, de otro, a una adecuada ponderación de los intereses en juego, que implicaría identificar los principios aplicables y otorgarles un peso o importancia a cada uno de ellos (para lo cual, siguiendo a BELADÍEZ ROJO<sup>746</sup>, se debe atender al valor que dicho principio contiene) para determinar cuál debe prevalecer, lo cual debe ser fruto de una adecuada motivación plasmada formalmente en el acto a efectos de su fiscalización por los Jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo; todo ello, sin perjuicio de lo que para el autor es fundamental en este caso: la exigencia en todo caso de audiencia a los interesados o afectados por la decisión, de forma que tengan la posibilidad de defender sus intereses en el caso concreto, de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de no padecer indefensión (artículo 24.2 CE).

---

<sup>745</sup> ESCUIN PALOP, V.: *La conversión de...*, op. cit., pp. 165-166

<sup>746</sup> BELADÍEZ ROJO, M.: *Los principios jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 83

## CONCLUSIONS

FIRST. It is with the historical origin of the theory of the invalidity of legal resolutions wherein lies the explanation for many of the questions that today raise doubts regarding the institution. The explanation is found not only in the regulation that invalidity had in its origins, i.e. Roman law, but also in the way it has subsequently moved first to private law, and then to public law in the contemporary age. Among other issues, with the huge terminological variety used at present to refer to the institution of invalidity, it has been determined that for dialectical purposes the most coherent way to proceed is to adopt a uniform criterion, such as referring to validity and enforceability as linked, but independent and distinct concepts: the "theory of invalidity" should be that which is devoted to studying the different aspects of the institution. When resolutions are "invalid", the possible variants are absolute and relative nullity. The result of this confusion between validity and enforceability has led to certain characteristics which have traditionally defined absolute and relative nullity, such as stating that the resolutions affected by absolute nullity do not produce effects, when in reality one should say that absolute nullity ought not to produce effects.

SECOND. Unlike the current system, which categorizes and includes in a list system the reasons for absolute and relative nullity, the original system of the invalidity of resolutions (i.e. Roman law, origin of the theory of invalidity), revolved around a procedural set of actions and exception: this organization was eminently practical and case-building, i.e. case by case, and was not a systematical theoretical construction, but rather a set of formulae which solved specific problems using logical criteria, providing the tools needed to solve problems. All notwithstanding the creation of certain "precedents" which, as is currently the case with certain jurisprudential pronouncements, were subsequently followed in supposedly similar cases of fact. Therefore, modern statements which characterize both categories, for example that absolute nullity operates *ipso iure* and relative nullity requires a constituent statement, are not admissible, owing to the fact that as long as the resolution is not invalidated, it is widely believed that the appearance of validity subsists.

THIRD. The adoption by administrative law of the tenets of civil law invalidity regulation led also to the assumption of certain problematic issues, in as much as an invalidity system created for its application to an area where the autonomy of will is priority, cannot be implanted without problems to another area such as administrative law, where other principles intervene, such as the state *auctoritas*, legal certainty or the public interest. Thus, the question is complicated by the binding force of administrative resolutions, such as the presumption of validity, enforceability, the irrelevance of certain formal irregularities, or conservation techniques, as well as the preference for minor degrees of invalidity, all of them oriented towards achieving greater efficiency in administrative activity. The most striking thing is that the regulation established in the LPA distinguishes between defects that originate absolute nullity of the resolution and those that originate relative nullity, was expanded with the LRJPAC, which was not modified after being amended by the 4/1999 Act, not even with the approval of the current LPAC and LRJSP, in spite of having incorporated the electronic administration as a mandatory paradigm of administrative activity.

FOURTH. The current LPAC has established certain requirements with which any administrative document generated in an electronic medium must comply in order to verify its "validity", surpassing those typically needed for paper-based activity, given that, by incorporating new technologies, some of the requirements that could traditionally be considered as formal (e.g. a signature) underpin a principle as relevant in administrative law as legal certainty, by providing the technological basis of integrity and security to the administrative document. Such requirements, required from any administrative document, should also be observed by administrative resolutions, as these are a *specie* within the *genus* which implies the general concept of an administrative document.

FIFTH. The examination of the causes of absolute and relative nullity of the administrative resolutions referred to in the 39/2015 Act shows that any vicissitude which affects the validity of the same generated in an electronic medium must be subject, in the absence of foresight of the legislator, of a work of subsumption in the traditional categories, with the deciding organ assuming the obligation to undertake the

task of an absolutely essential interpretative work: this work may result in absolutely contradictory decisions on the same particular kind of case, depending on the subject who has made such interpretation. Such circumstances would be avoidable given sufficient regulation of both those requirements which must be observed by all administrative documents in an electronic medium (which is carried out in article 26.2 LPAC), as well as the consequences of their breach (which have been ignored). Nor is it envisaged, for documents in general, i.e., when it is not an administrative resolution, any consequence in case of breach, thus existing some imprecision about what happens when an administrative document in general, generated in an electronic medium, suffers from any vicissitude related to the requirements of article 26.2 LPAC.

SIXTH. The Fourth and Fifth Conclusions lead to this Sixth: namely that, while administrative documents are capable of breaching the requirements of article 26.2 LPAC, administrative resolutions, on the other hand, could have any decisive defect of absolute or relative nullity and, in addition, as they are documents, they could lead to any defect related to documentary requirements. Therefore, it has been estimated that both cases should be distinguished, naming administrative resolutions as traditionally, "valid" and "invalid", and to classify administrative documents in a differentiated form as "perfect" or "defective"; at the same time we must recognize the existence of resolutions which lack "mere irregularities that don't provoke any nullity"; in the case of administrative documents these should simply be named "irregularities", consistent with the terminology used. Likewise, in the first place, in the case of administrative documents, the effects have not been regulated, and have to be specified in its ineffectiveness and necessity of correction, whereas in the case of administrative resolutions the effects vary depending on the circumstances, as they are resolutions that may affect the rights or interests of third parties and, in some cases, the principle of legitimate expectations, among others, could lead to the maintenance of the effects of the invalid resolution.

SEVENTH. The various technical standards adopted, formed by the ENI, ENS and others which have been called "derivatives" in the present work, are an extensive normative collection of great importance because they are truly responsible for the verification of

interoperability and safety, fundamental aspects that require a prescriptive observance of the same: they are essentially the norms which regulate the various aspects of technology with a degree of detail that would be complex to include in a law of courts. For this reason it would have been desirable to include these aspects with mandatory character, as it should be borne in mind that the extraction of all the data from an electronic file incorporated and subsequently stored electronically, presupposes that they cannot be eliminated without leaving an electronic trace of such elimination and their authorship; once they form part of a file in a conservation phase, it cannot be destroyed, establishing by such standards the need to create *Backups* (saved copies) of the information. In this conclusion lies one of the main reasons that make electronic administration a safer way to sustain administrative activity, avoiding thereby possible defects or fraud in the generation of administrative resolutions and documents, or even their possible intentional destruction. Given the extensive and thorough regulation carried out by technical standards the autonomous normative capacity has been reduced to a minimum, since it seems inappropriate to want to regulate questions that the state has already regulated; and a deviation from regulatory norm only leads to deficiencies in the subsequent interoperability between public administrations, which is not feasible in practice, as it could lead to isolation from the rest of public entities. What is appropriate is to consider the autonomous regulation relating to documentary safekeeping, since those aspects relating, for example, to the destruction of documents, require the knowledge of this regulation and the adaptation of any action related to it.

EIGHTH. With regard to the consequences that the qualification of a document as defective or a resolution as invalid can imply, whereas the classical consequences of the relative or absolute nullity of the administrative resolutions, without prejudice to its own modulations of the application of the principles of good faith and legitimate trust which, at times, are inclined towards the maintenance of the resolution in spite of being flawed, the consequences that a defective document must bring about are their inability to deploy effects; therefore, it shall be corrected before the continuation of the procedure in which it is located, in order to avoid subsequent flawed actions. In the case of administrative resolutions, it is necessary to determine the consequences of the irrelevant application of the technology in every assumption based on the incidence that

has essential aspects of the own resolution. In spite of this general guideline, it is necessary to determine in each specific case the consequences that the vice implies according to its seriousness and the rights of third parties that might be affected.

NINTH. One of the essential requirements of the documents and administrative resolutions is the incorporation of the electronic certificate which is preceptive in each case, especially the electronic signature. Unlike the handwritten signature, the electronic signature is based on cryptography and public key infrastructure, which assures the provision of additional security to an administrative document or resolution. Specifically, the electronic signature incorporated in an administrative document or resolution, confers certain properties such as that of being authentic, not having been modified since the moment of the signature, and authorship. However, a distinction must be made, as it is in European legislation, between electronic identification and signature, since in both cases we are confronted with an electronic certificate with different properties and purposes.

TENTH. The European Union regulation of the electronic signature is crucial, as it obliges the member states to create and keep updated a list of trusted providers where national trust service providers should be included, classified according to their security level. It allows the other states to consult the specific characteristics of each one, for example, in order to access a concrete public online service, and to find out about the level of the certificate's security, verifying thus that it is similar to the required one from their national providers. Such certificates can be the electronic signature, but also the time stamp certificate, or the electronic delivery certificate, which is the future in this kind of trusted services, and others related to the secure electronic access point to the electronic administrative office (called "sede electrónica"), such as the website authentication certificate.

ELEVENTH. The different situations that may occur in relation to the electronic signature and its incorporation to the administrative document are diverse and there could be different assumptions such as the absolute omission of the electronic signature. This case differs completely from the traditional absence of the handwritten signature. While

the absence of a paper-based signature implies an irregularity that doesn't imply nullity, the case of the absence of an electronic signature in an electronic medium leads to a delicate situation, because the guarantees provided by the technology after the application of electronic certificates in a document, such as authenticity, integrity and authorship, its absence can in no way be irrelevant. Without electronic signature, there is no guarantee that the document comes from the competent organ, that its author is the one who heads the document, or that the document has not been modified since it was created by its author. In consequence, the administrative electronic document without electronic signature would become defective, therefore ineffective and, on the other hand, the administrative resolution without electronic signature would be affected by relative nullity.

TWELFTH. Another possible issue is the correct incorporation of the electronic signature or seal in the administrative document or resolution, but lacking the ability of verifying the validity of the electronic certificate, which is completely different from its omission, but comparable in some assumptions. As to its effects, if it is not possible to verify that it is in force (neither revoked nor expired) and valid for the purposes of the signature, the resolution would be classified as invalid (relative nullity) or the document as defective. There is also the possibility that the impossibility of verification is temporary due to technical circumstances. In this case, it could be considered as a mere irregularity if it is temporary, because the resolution or document meet all the requirements and it is only impossible to verify the validity of the certificate for a certain period of time. In case the impossibility persists indefinitely, the document would be defective, and the resolution affected by relative nullity, because the competence of the organ would not be verifiable, neither in its integrity nor in its authenticity. To guarantee the validity of the certificate over time, the systems of protection against the obsolescence of the algorithms are especially relevant, in order to ensure the maintenance of their features. These will be established in the corresponding electronic signature, seal and certificates of administration policy, in accordance with the technical standard regulating the specifications and techniques, such as the time-resealing mechanisms, re-sealing or re-signing, or the storage of the electronic signature in a safe deposit. Improper application of the norm could lead to invalidity assumptions, if the document or resolution were



valid at the time they were generated, but would become defective or invalid due to the subsequent inability to verify the validity of the certificate. Also in scenarios of corrupt electronic signature (for example, if there has been a virus or malicious code attack), there would be an assumption of original invalidity assumption if the attack had occurred in the computer of the author of the document, or the case of invalidity if the attack took place later, i.e., if the resolution was generated correctly, but became invalid after the attack. In that case, the resolution would be considered as of relative nullity or the document defective. It must also be possible to verify the validity of the certificate in the case of long-term electronic signatures, otherwise there could be some assumption of invalidity due to improper application of the techniques envisaged for this purpose.

THIRTEENTH. Some of the most relevant aspects treated for practical purposes have been the various forms of improper use of the electronic signature. Although it should be assumed that the use of the electronic signature must be personal and non-transferable, the truth is that in practice there are undesirable situations which violate this principle of personal use of this technology, endangering, sometimes unconsciously, the responsibility of the person who is signing electronically. These are situations such as the voluntary transfer of the use of the electronic signature, case in which it is technically impossible to prove that it has not been used by the holder because he or she is presumed to be the sole user of the certificate, and this use can lead to situations that are not desirable in practice: if a third party uses the certificate, the holder has no way of proving that he or she is not the author. Another case in practice could be excessive use of the electronic signature, clearly related to the previous one consisting of authorizing a certain use and exceeding the authorized person, for example signing off documents or resolutions for which previous authorization has not been sought, in which case it is virtually impossible to prove that it was not the holder of the electronic certificate who signed it, nor even that it exceeded authorized use, as this is not permitted.

FOURTEENTH. Of vital importance is the possible supplanting and usurpation of electronic identity: in the case of a third party within the administration office could

misappropriating an individual's electronic certificate in order to dictate an electronic administrative document or resolution. In this case, it could be constitutive of absolute nullity of article 47.1 (d) LPAC, if it is a criminal offence or is dictated because of this. Supplantation would happen in a first stage, by stealing the electronic signature, and would become a usurpation of identity if it were used to this end, i.e. identifying as another person. This supplantation may lead to two situations: (i) the administrative resolution incorporating an electronic signature employed by a third party (not the holder) supplanting the holder's identity meets all the legally established requirements as a condition of validity, and in addition the holder of the electronic certificate is competent to dictate the resolution; or (ii) the supplantation is specifically carried out in order to provide a concrete content to the resolution. In the first case it would be possible to maintain the validity of the resolution if principles such as legitimate expectations or good faith operate. In the second scenario the maintenance of the validity of the resolution could never proceed.

FIFTEENTH. The transfer of electronic signatures or excesses in their use originate problems, so the proposal to reduce them is the possibility of using other techniques such as the delegation of electronic signature or electronic signature by order. It is concluded that the first is the most appropriate solution for avoiding the undesirable situations of transfer of electronic signatures, because the delegation of certain competencies respecting the procedures and legally established requirements can be carried out. In specific situations the (electronic) signature by order can also be used, when the order is verbal. In this last case, this circumstance must be recorded in a written document. In both cases the adaptation of computer systems is necessary in order to allow other previously registered users to sign in, because currently in practice there would be problems to allow these non-holder subjects to access the systems.

SIXTEENTH. The electronic administrative document is of special relevance today, as it has become the main object of the legal-administrative regulation of electronic documentary requirements. The content of the document should not be identified with its format, as both aspects are part of the same reality, but not the same, and must not be confused. In this sense, it is concluded that the erroneous use of formats in

administrative documents, according to the prescriptions established in the ENI and other technical standard regulations, such as NTIDE, may result in various consequences depending on the relevance or severity of the defect. However, in most cases it will cause an irregularity which does not imply nullity of the document and does not lead to the invalidity of the electronic administrative resolution: this is except in the case of lack of the essential requirements to achieve its purpose, or to produce vulnerability. In the latter case, it would be a vice of relative nullity, for example if the format does not allow the destinatory to access to the content. On the other hand, the requirement to verify any document containing identification data allowing its individualization is a relevant requirement for document management purposes as it allows its distinction from other documents and its referral, search, storage or its membership to several administrative records, so the eventual breach of requirements would result in a an irregularity which does not imply nullity, therefore not affecting the validity of the administrative resolution.

SEVENTEENTH. Metadata are one of the most important attributes that can be assigned to an administrative document in an electronic medium, since their utility in electronic administration has increased greatly. Both in original documents and in copies, metadata are those which describe other data, so the information they may contain about the document itself, if used in correctly, contains practically any detail simply by consulting the metadata. This is especially important in the context of interoperability, because the computer systems of the different public administrations must 'understand' each other, for which a certain "common vocabulary" is required. This relevance led to the mandatory inclusion of "obligatory minimum metadata" established by the technical standards, and the irregularities that might occur would be several, such as the modification of the minimum metadata after the document's creation, with the exception of the modifications that the correction of errors or omissions made necessary. Using incorrect metadata could have important practical consequences which, in principle, would operate primarily at the internal level of public administration, because these are elements inherent in its own organization and internal functioning. So, in principle, unless otherwise derived from another vice or defect, it would constitute

a mere irregularity which in itself does not imply nullity or defect were it to affect either an administrative resolution or a document in general.

EIGHTEENTH. The absence of an electronic time stamp in an electronic administrative document or resolution, according to the regulation contained in the LPAC, does not imply *per se* the invalidity of the administrative document or resolution, given that only a mere temporary reference is required. Therefore, although it would have been desirable to regulate this source of proof in order to get pre-trial evidence once the administrative documents or resolutions have been incorporated into an eventual judicial process, it is correct to say that electronic time marks, which are not a reliable technology, may be used according to the law to verify the existence of a resolution or document at a certain time, in as much as they draw on the time and date configured in the computer equipment used for its creation to include such data in the document. Therefore, any electronic administrative document or resolution with a mere temporal reference (such as an electronic time mark) shall be perfectly valid, respectively, notwithstanding that it is not the most appropriate proof for evidentiary purposes.

NINETEENTH. After the law has regulated the electronic management of all administrative procedures, the administrative documentary copy is another aspect that has acquired special relevance in terms of document management. There are new forms of making document copies of administrative documents in recent regulation, and the resulting copy, in case of breach of any requirement established for all electronic administrative documents (article 26.2 LPAC), would be defective, not invalid; it should be remembered that it has been estimated correct to reserve the category of invalidity exclusively for administrative resolutions. If the breached requirement has no special relevance, it may be considered that the copy is only irregular, but it should be determined case by case.

TWENTIETH. Authentic copies may only be issued, according to the law, by an authorized civil servant or by an automated administrative activity. In the first case, one of the questions with the most practical consequences will be that regarding who is competent to issue such authentic copies, an ability which the law reserves for civil servants in the

service of public administrations. The problem resides in that there are many public entities, in which this level of personnel are not employed (or if they are, only a few), with many members of staff who are not strictly civil servants, but only public employees. The intervention of an authorized civil servant involves the inclusion of an administrative resolution declaring that the copy is considered authentic, so the breach of this requirement would cause the invalidity of this constancy resolution. In that case, the document would be classified as of a lower status, as a non-authentic copy, and consequently it would not have the reinforced evidentiary value that characterizes the authentic one, and the constancy resolution will be affected by relative nullity (article 48.1 LPAC). In the second case, the exclusion of the electronic technologies that are intended to guarantee authorship, authenticity and integrity of the copy would cause the generation of a defective copy, lacking any validity, which would require correction.

TWENTY-FIRST. There are different systems for issuing authentic copies regulated by law: an electronic copy of an original electronic document or of an authentic copy, the electronic copy of documents in paper or another non-electronic medium that can be scanned, the paper copy of an electronic document, the paper copy of original documents also preserved in this medium and finally, the electronic authenticated copy or the authentic copies of documents provided by citizens to the administrative procedure. In each case the specifically established requirements should be taken into account and, in case of breach, the copy would be defective if the non-observed requirement is sufficiently important, whereas it would be an irregular copy otherwise. In this sense, apart from the already commented lack of authorization it is concluded that the breach of regulated technical standards could result in a defective copy if it prevents guaranteeing the identity, integrity or authenticity of its content; if, however, it was possible, it would only be an irregular copy. An important consequence in the process of issuing an electronic document from the digitalization of a paper document (case in which the inclusion of the electronic signature to the digitalization of the copy is required to guarantee the integrity, authenticity and authorship), its absence would, first of all, cause the copy to become defective. As the aforementioned electronic signature is needed from a civil servant authorized to issue authentic copies, the resolution of public faith which implies his intervention would be invalid and could not

take effect in any possible administrative or judicial procedure. In these cases, the generated document does not have the reinforced evidentiary value enjoyed by public administrative documents, nor the essential requirement of any electronic administrative document to incorporate electronic signatures (article 26.2 LPAC), so it should be considered as a merely private document.

TWENTY-SECOND. The public administration could eventually externalize the action of issuing copies to third parties outside the administration, using cloud computing services for document management, outsourcing that public service. It is concluded that the issuing of copies in this way, an example of the exercise of administrative authority, necessarily requiring the intervention of an authorized civil servant in order to dictate the resolution of constancy or public faith, would not be possible and, if it were to take place, the resulting copy issued by the third party would be defective, as there would be no administrative resolution of constancy or public faith. It would only be acceptable to outsource the digitalization of documents for the purpose of issuing copies, but this would subsequently oblige the authorized civil servant to verify the coincidence of the original documents and those resulting from the digitalization, as well as to incorporate the administrative resolution of constancy or public faith using the civil servant's electronic signature, which in practice would not be entirely viable from an organizational perspective. In addition to what has already been stated in relation to the inappropriateness of the externalization of copies, it may also be intended to outsource document management by the public administration, even to carry out the automated administrative activity on specific platforms developed by third parties; in these cases it would be obliged to leave its electronic seal, for example, unless it uses the CSV. However, in such cases the public administration could not have the custody and direct availability of such documents with CSV; all these sensitive issues lead to the conclusion that this type of outsourcing services seems unfeasible. In addition, all those systems should be interoperable for the exchange of documentation with other public administrations, which would make it complex to allow a third party to interoperate securely with the computer systems of another administration different from the one that contracts such services.

TWENTY-THIRD. Automated administrative activity is one of the most useful tools for the verification of efficiency and efficacy principles, but, at the same time, given that it is non-human machines which dictate resolutions or generate administrative documents in these instances, these must be regulated with a special legal-technical system which guarantees the fulfillment of all the guarantees and rights required from the administrative activity. In order to verify this, many technical requirements are regulated normatively and interdisciplinarity must be considered paramount, and it must be coordinated perfectly with legal requirements. For this reason, among all regulated requirements, the prior programming of the automated machines gains special relevance and it should be undertaken by real people and later applied by computer systems autonomously. In spite of the fact that these computer programs in force in the current legislation, in contrast to previous regulations, are not apt for mandatory approval by the responsible public administration with the aim to challenge the administrative activity, nor its posterior publication, a condition which is required in other areas of regulation. This is due to the fact that such programs, which contain the programming language in the previously adopted version, contain the real motivation which will be adopted by the administrative resolutions that are subsequently generated automatically: one of the conclusions to be drawn is that, despite being unforeseen in the current law, it would be defensible to appreciate lack of motivation in these cases, as it is not possible for citizens to verify the elements born in mind by the public administration when dictating the resolution if no rule exists which approves the automated administrative activity and regulates its internal functioning. However, it will be enough in these cases, if required by a third party to be used as proof of the approval of such applications supporting programming and, therefore, the automated administrative activity, to certify their existence and the competence of the body which approved them. In connection with the automatic generation of documents, owing to prior programming it would be known if its content has certain criteria that were approved previously, or, on the contrary, it is based on a mere collection of data from a public database and it solely concerns documentary recovery.

TWENTY-FOURTH. Automatic systems must also be audited, given that correct functioning requires regular checks; it is determined that, in the absence of such

scrutiny, the resulting administrative resolution would be classified as of relative nullity or the generated document as defective, in a way similar to traditional traffic and road safety radars, which are also examples of automated administrative activity. It should be born in mind that an abnormal functioning of the automatic systems may be the consequence of (i) a programming failure (different from system malfunctioning) because of voluntary or involuntary inadequate programming, such that the administrative decision resulting from its application would not be adjusted to law, and the resolution would be classified as of relative nullity originated from material defects (article 48 LPAC), whereas the majority of cases of invalidity in electronic administration matters are originated by formal reasons; or (ii) the inability of the mathematical algorithm, i.e. the inability to establish an algorithm for its application in previous programming that should provide an error-free solution, and the administrative resolution could become a relative nullity issue for material reasons (article 48.1 LPAC).

TWENTY-FIFTH. The use of electronic signatures in automated administrative activity also has some special cases, for which is foreseen the use of the electronic seal of the public administration, the public body or entity of public law: this usage is based on the adequate use of either a recognized or qualified electronic certificate, such as the secure verification code, each of which being perfectly valid: the first of these, however, makes more sense if the document is intended for its electronic storage or reference, while the second one is more practical when a person who is not obliged to relate electronically with the public administration in paper has to be notified. It should be concluded that, since such types of electronic certificates make it possible to guarantee the integrity, authenticity and authorship of automatically generated documents and administrative resolutions, their absence would result in a defective document and an invalid resolution (affected by relative nullity), respectively.

TWENTY-SIXTH. The current public legislation has regulated more widely the deliberation and decision-making by collegiate bodies in an electronic medium, thus giving a greater coverage to actions that were in practice taking place daily. There are some situations that may possibly cause some incidents, such as the use of an invalid electronic technology for the purpose of verifying the identity of the assistant (people



could identify the interlocutor using biometric voice recognition techniques or using video calls that allow them to visualize the other person) or the use of electronic voting without the necessary guarantees if there is no security in the authentication. In those cases, the resolution could be classified as of relative nullity or the document could be defective. Likewise, for the valid conclusion of a meeting and, therefore, for the valid adoption of agreements, it is concluded that it is imperative that the electronic technology by which the call is submitted and that the documentation is appropriately available, different solutions are proposed in each case. With regard to the electronic signature that should be incorporated in the certification of the session which could request a third party, it is concluded that the lack of the secretary's electronic signature could entail a resolution classified as of relative nullity, while the president's absence would be, at the most, a mere irregularity that does not imply nullity.

TWENTY-SEVENTH. The public administration may generate a document or dictate a resolution which contains an error or malicious code that implies the impossibility of its visualization by the recipient. In such cases, it is concluded that an electronic administrative document with a malicious code or another type of 'technological infection' should be considered defective, and it may not take effect until it is re-issued without defects. Equally, an administrative resolution with the same flaw will be affected by relative nullity, if the recipient were unable to access its contents without compromising the security of the computer system itself or if it were directly inaccessible.

TWENTY-EIGHTH. The existence of defects and flaws of invalidity in documents and administrative resolutions, respectively, is subject to certain limits in administrative law, inherent in its vocation of permanence, either in the interests of the protection of the public interest to which they respond, or in the interests of the protection of certain legal situations created in the sphere of citizens. First of all, it is concluded that, despite the traditional characteristics of the different categories of invalidity, the truth is that the resolution affected by absolute or relative nullity, both immediately produce modifications of reality (owing to the presumption of validity of administrative resolutions and documents), and in consequence effects, so it is necessary to react

against it. Therefore, on the one hand, some limits are set up in article 110 LPAC to avoid the appreciation of flaws when they suppose an excessive burden for the citizen, and also in his or her favor are positioned certain principles such as those of legitimate expectations; and, on the other hand, it is concluded that to achieve the public interest to which all administrative activity is responsible, administrative resolutions and documents in an electronic medium may also be the subject of the traditional remedial techniques. After examining the issues, it is concluded that these remedial techniques, such as the electronic preservation of resolutions and procedures, the electronic non-communication of invalidity, partial invalidity, electronic validation and electronic conversion applicable to resolutions and documents generated in an electronic medium, with due respect to the particularities of each specific case, should be observed.

## CONCLUSIONES

PRIMERA. En el origen histórico de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos radica la explicación de muchas de las cuestiones que hoy día suscitan dudas en relación con la institución. La explicación se encuentra no sólo en la regulación que la figura tenía en Derecho Romano, origen inicial de la misma, sino en cómo se ha trasladado posteriormente al ordenamiento jurídico-privado, en un primer momento, y al jurídico-público, en etapas contemporáneas. Entre otras cuestiones, ante la enorme variedad terminológica empleada en la actualidad para referirse a la institución de la invalidez, se ha determinado que lo más coherente a efectos dialécticos es adoptar un criterio uniforme, como es referirse a la validez y a la eficacia como planos vinculados, pero independientes y distintos entre sí, por lo que debe denominarse “teoría de la invalidez” a la encargada de estudiar las vicisitudes de la institución, siendo los actos “inválidos” aquellos que adolecen de vicios determinantes de sus posibles variantes, a saber, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad. Fruto de dicha confusión entre la validez y la eficacia han derivado determinadas características que tradicionalmente ha definido la nulidad y la anulabilidad, como el hecho de afirmar que el acto nulo no produce efectos, cuando realmente debería decirse que no debe producir efectos.

SEGUNDA. A diferencia del sistema actual, que categoriza e incluye en un sistema de lista los motivos de nulidad y anulabilidad, el sistema de la invalidez de los actos original, esto es, del Derecho Romano, germen de la teoría de la invalidez, pivotaba en torno a un sistema de acciones y excepciones procesales, por lo que era eminentemente práctico y de creación casuística, es decir, caso a caso, por lo que no se trataba de una construcción teórica sistemática, sino de un conjunto de fórmulas que resolvían problemas concretos conforme a criterios lógicos básicos, que proporcionaba las herramientas necesarias para solventar problemas. Todo ello, sin perjuicio de que se creasen determinados “precedentes” que, como sucede actualmente con determinados pronunciamientos jurisprudenciales, sean posteriormente observados ante supuestos de hecho similares. Así, modernas afirmaciones que caracterizan a ambas categorías, como que la nulidad absoluta opera *ipso iure* y la anulabilidad exige una declaración

constitutiva, no son admisibles, dado que, mientras no se invalide el acto, es opinión generalizada que la apariencia de validez sigue subsistiendo.

TERCERA. La asunción por parte del Derecho Administrativo de la regulación de la invalidez propia del Derecho Civil hizo que se trasladasen también cuestiones problemáticas, en tanto en cuanto un sistema de invalidez creado para su aplicación a un ámbito en el que prima la autonomía de la voluntad no puede implantarse sin inconvenientes a otro como el del Derecho Administrativo, donde juegan otros principios, como la *auctoritas* estatal, la seguridad jurídica o el interés general. Así, la cuestión se complica por la fuerza de que disponen los actos administrativos, tales como la presunción de validez, la ejecutividad y ejecutoriedad, la irrelevancia de determinadas irregularidades formales, las técnicas de conservación, así como la preferencia por los grados de invalidez menos gravosos, todas ellas medidas orientadas a la consecución de una mayor eficiencia en la actividad administrativa. Lo más llamativo es que la regulación establecida en la LPA, que distingue entre vicios que originan la nulidad absoluta del acto y aquellos que originan la mera anulabilidad, fue objeto de ampliación de supuestos de nulidad con la LRJPAC, la cual, tras ser modificada por la Ley 4/1999, no ha sido objeto de novación alguna, ni tan siquiera con la aprobación de las actualmente vigentes LPAC y LRJSP, a pesar de haber incorporado la administración electrónica como paradigma preceptivo de la actividad administrativa.

CUARTA. La vigente LPAC ha establecido determinados requisitos que todo documento administrativo generado en soporte electrónico debe cumplir para verificarse su “validez”, superando los típicamente admitidos del soporte papel, ya que, al incorporar las nuevas tecnologías, algunos de los requisitos que tradicionalmente podían considerarse como meramente formales (como la firma) pasan ser sustento de un principio tan relevante en Derecho Administrativo como lo es el de seguridad jurídica, al proporcionar la base tecnológica de integridad y seguridad necesaria al documento administrativo. Tales requisitos, al exigirse de todo documento administrativo, deben observarse también a la hora de dictar actos administrativos, al tratarse éstos de una *specie* dentro del *genus* que supone el amplio concepto de documento administrativo.

QUINTA. Del examen de las causas de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos contempladas en la Ley se desprende que cualquier vicisitud que incida en la validez de los mismos generados en soporte electrónico deberá ser objeto, ante la falta de previsión del legislador, de una labor de subsunción en las tradicionales categorías, debiendo llevar a cabo por tanto el órgano decisor una labor interpretativa absolutamente imprescindible, pudiendo, como consecuencia de ello, originarse decisiones absolutamente contradictorias sobre un mismo particular en función del sujeto que haya efectuado dicha interpretación, lo cual se habría evitado de regularse tanto los requisitos que deben reunir los documentos administrativos en soporte electrónico con carácter general (lo cual se efectúa en el artículo 26.2 LPAC), como las consecuencias de su incumplimiento (lo cual ha sido obviado). Tampoco se prevé, para los documentos en general, esto es, cuando no se trata de un acto administrativo, consecuencia alguna en caso de su incumplimiento, existiendo por tanto cierta indeterminación acerca de lo que ocurre cuando un documento administrativo en general, generado en soporte electrónico, adolece de alguna vicisitud relacionada con los requisitos del artículo 26.2 LPAC.

SEXTA. De las Conclusiones Cuarta y Quinta se origina la Sexta, consistente en que, mientras que los documentos administrativos son susceptibles de incumplir los requisitos del artículo 26.2 LPAC, los actos administrativos, por su parte, podrían incurrir en cualquier vicio determinante de nulidad o anulabilidad y, adicionalmente, como documento en definitiva que son, en cualquier vicio relacionado con los requisitos documentales. Por tanto, se ha estimado preciso distinguir ambos casos, denominando los actos administrativos como tradicionalmente, “válidos” e “inválidos”, y a los documentos administrativos “perfectos” o “defectuosos”, categorizándolos así de forma diferenciada; así mismo, debe reconocerse la existencia de actos que adolezcan de “meras irregularidades no invalidantes”, que en el caso de los documentos administrativos deben calificarse simplemente de “meras irregularidades”, por coherencia con la terminología empleada. Igualmente, en primer lugar, en el caso de los documentos administrativos, los efectos tampoco han sido determinados, concluyéndose que debe concretarse en su ineficacia y necesidad de corrección, mientras que en el caso de los actos administrativos los efectos varían en función de las

circunstancias, al tratarse de resoluciones que pueden incidir en derechos o intereses de terceros y que, en algunos casos, al entrar en escena el principio de confianza legítima, entre otros, podría dar lugar al mantenimiento de los efectos del acto inválido.

SÉPTIMA. Las diversas normas técnicas aprobadas, formadas por el ENI, ENS y resto de ellas que se han denominado “derivadas” en el presente trabajo, suponen un amplio acervo normativo de elevada importancia, ya que son las verdaderas responsables de la verificación de la interoperabilidad y la seguridad, aspectos fundamentales que exigen una preceptiva observancia de las mismas, pues son realmente las normas que regulan pormenorizadamente aspectos propios de la tecnología, con un grado de detalle que resulta complejo incluir en una Ley de Cortes. Este motivo hace concluir que hubiese sido deseable que su observancia se estableciese con carácter preceptivo, toda vez que debe tenerse presente que el hecho de conseguir que todos los datos de un expediente electrónico sean incorporados y posteriormente conservados electrónicamente, supone que no puedan ser eliminados sin dejar un rastro o traza electrónica de dicha eliminación y su autoría e, incluso, una vez formen parte de un archivo en fase de conservación, no sea posible ni tan siquiera la destrucción, al establecerse por tales normas la necesidad de crear *backups* o copias de seguridad de la información. En esta conclusión radica uno de los principales motivos que hacen de la administración electrónica una forma más segura para sustentar la actividad administrativa y, con ello, evitar posibles vicios o fraudes en la generación de actos y documentos administrativos o su posible destrucción intencionada. Dada la extensa y minuciosa regulación llevada a cabo por las normas técnicas la capacidad normativa autonómica se ha visto reducida a mínimos, ya que no resulta oportuno regular cuestiones si la normativa estatal ya lo hace, y separarse de la regulación sólo trae consigo deficiencias en la posterior interoperabilidad entre Administraciones Públicas, lo cual no resulta viable en la práctica, ya que podría conducir a un aislamiento del resto de entes públicos. Lo que sí resulta conveniente es tener en cuenta la regulación autonómica relativa al patrimonio documental, ya que aquellos aspectos relativos, por ejemplo, a la destrucción documental, exigen el conocimiento de dicha normativa y la adecuación de toda actuación a la misma.

OCTAVA. En cuanto a las consecuencias que la calificación de un documento como defectuoso o un acto como inválido puede conllevar, mientras que resultan generalmente admitidas las clásicas consecuencias de la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, sin perjuicio de las modulaciones propias de la aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima los cuales, en ocasiones, se inclinan hacia el mantenimiento del acto a pesar de estar viciado, las consecuencias que un documento defectuoso debe conllevar son su imposibilidad de desplegar efectos, por lo que procederá su subsanación previamente a la continuación del procedimiento en que se ubique el mismo, con el fin de evitar actuaciones posteriores viciadas. En el caso de los actos administrativos, es necesario determinar las consecuencias que conlleva la improcedente aplicación de la tecnología en cada supuesto en función de la incidencia que tiene en aspectos esenciales del propio acto. No obstante esta directriz general, es preciso determinar en cada caso concreto las consecuencias que el vicio conlleva en función de su gravedad y la eventual afectación a derechos de terceros.

NOVENA. Uno de los requisitos esenciales de los documentos y actos administrativos es la incorporación a los mismos del certificado electrónico que en cada caso proceda, especialmente de firma electrónica. A diferencia de la firma manuscrita, la firma electrónica, al estar basada en la criptografía e infraestructura de clave, supone dotar al documento administrativo de seguridad adicional. Concretamente, la firma electrónica incorporada a un documento administrativo le confiere determinadas propiedades como la de ser auténtico, no haber sido modificado desde el momento de firma, y su autoría. No obstante, debe distinguirse, tal y como hace la legislación europea, entre la identificación y la firma electrónicas, ya que en ambos casos nos encontramos ante un certificado electrónico con propiedades y finalidades distintas.

DÉCIMA. La regulación europea de la firma electrónica resulta crucial en este sentido, ya que obliga a los Estados miembros a crear y mantener actualizada una Lista de Confianza en la que consten los proveedores de servicios de confianza nacionales clasificados en función de su grado de seguridad, para permitir que en otros Estados se puedan consultar las características de cada uno de ellos, por ejemplo, a efectos de acceder a un determinado servicio público en línea, y tener conocimiento acerca del

nivel de seguridad de certificado, para comprobar así que sea similar al exigido a sus nacionales. Tales certificados pueden ser de firma electrónica, pero también de sellado de tiempo o de entrega electrónica certificada, que es el futuro en este tipo de servicios de confianza, y otros relacionados con la sede electrónica, como el certificado de autenticación de sitio web.

DECIMOPRIMERA. Las vicisitudes que pueden darse en relación con la firma electrónica y su incorporación al documento administrativo son diversas, y comprenden supuestos tales como la omisión absoluta de la firma electrónica, caso que difiere absolutamente de la tradicional ausencia de firma manuscrita. Así, mientras que la ausencia de firma en soporte papel supone una mera irregularidad no invalidante, en el caso de la ausencia de firma en soporte electrónico, dadas las garantías que aporta la tecnología que se deriva de la aplicación de los certificados electrónicos, esto es, de autenticidad, integridad y autoría, en ningún caso puede resultar irrelevante su ausencia, ya que no puede garantizarse que el documento provenga del órgano correspondiente, que su autor sea quién encabeza el documento, o que no haya sido modificado desde que se creó por su autor. En consecuencia, el documento administrativo sin firma electrónica sería, siguiendo el razonamiento defendido, defectuoso, deviniendo por tanto ineficaz y, por su parte, el acto administrativo sin firma electrónica sería anulable.

DECIMOSEGUNDA. Así mismo, debe preverse otro supuesto consistente en la correcta incorporación de la firma o sello electrónicos al documento o acto administrativos, pero que eventualmente no sea posible comprobar la validez del certificado electrónico, supuesto absolutamente distinto al de su omisión, pero equiparable en determinados supuestos en cuanto a sus efectos, en tanto en cuanto no es posible verificar que el mismo se encuentra vigente (no revocado ni caducado) y es válido a efectos de firma, caso en que el acto sería anulable o el documento defectuoso. También cabe la posibilidad de que la imposibilidad de comprobación sea temporal por circunstancias técnicas que lo impiden, caso en el que podría considerarse una mera irregularidad si es temporal, ya que el acto o documento reúnen todos los requisitos exigibles y resulta únicamente imposible comprobar la validez del certificado durante un tiempo determinado, la cual devendría en vicio en caso de persistir dicha imposibilidad



indefinidamente, en tanto en cuanto faltaría uno de los requisitos formales que acreditan el órgano del cual proviene el acto y, por ende, no sería comprobable la competencia del mismo, así como su integridad y autenticidad. Para garantizar la validez del certificado a lo largo del tiempo, resultan de especial relevancia los sistemas de protección contra la obsolescencia de los algoritmos, para asegurar el mantenimiento de sus características, que serán establecidos en la correspondiente política de firma y sello electrónicos y certificados de la Administración, conforme con la norma técnica que regula las especificaciones y técnicas, como los mecanismos de resellado de tiempo, de resellado o refirma o el almacenamiento de la firma electrónica en un depósito seguro, cuya incorrecta aplicación podría dar lugar a supuestos de invalidez sobrevenida, toda vez que el documento o acto eran válidos en el momento de su emisión pero devienen defectuosos o inválidos por imposibilidad ulterior de comprobación de la validez del certificado. También en supuestos de firma electrónica corrupta (por haber sido víctima de un ataque por virus o código malicioso, por ejemplo), sería un supuesto de invalidez originaria si el ataque se hubiese producido en el equipo del autor del mismo, o bien un supuesto de invalidez sobrevenida si el ataque fue posterior, caso en que el acto fue generado correctamente pero posteriormente devino inválido tras el ataque, caso en que el acto sería anulable y, en el caso del documento, defectuoso. La comprobación de la validez del certificado también debe poder llevarse a cabo en el caso de las firmas longevas, pues en caso contrario podría darse algún supuesto de invalidez sobrevenida por improcedente aplicación de las técnicas previstas a tal fin.

DECIMOTERCERA. Algunos de los aspectos tratados más relevantes a efectos prácticos han sido las diversas formas de improcedente utilización de la firma electrónica. A pesar de que se concluye, en primer lugar, que el uso de la firma electrónica debe ser personal e intransferible, lo cierto es que en la práctica se dan situaciones nada deseables que vulneran este principio de uso de esta tecnología, poniendo en peligro, a veces inconscientemente, la propia responsabilidad de lo electrónicamente firmado. Se trata de situaciones tales como la cesión voluntaria del uso de la firma electrónica, con la que es imposible técnicamente demostrar que no ha sido utilizado por el titular, al que se presume único poseedor del certificado, pudiendo dar lugar a situaciones nada deseables en la práctica al imputársele una actuación determinada que, realmente, ha

sido llevada a cabo por tercero y sin posibilidad de probarlo. También puede darse en la práctica el exceso en el uso de firma electrónica, supuesto relacionado con el anterior consistente en autorizar un determinado uso y excederse la persona autorizada, firmando por ejemplo documentos o actos para los cuales no había sido autorizado, sin perjuicio de la improcedencia, *per se*, de dicha autorización, caso en el que resulta prácticamente imposible demostrar que no fue el titular del certificado electrónico el que lo firmó, ni que lo hizo superando el uso autorizado, al no estar éste permitido.

DECIMOCUARTA. Resulta determinante la posible suplantación y usurpación de la firma o identidad electrónica, en caso de ser sustraída por un tercero en el ámbito de la propia Administración para dictar el acto o documento administrativo electrónico, caso en el que podría dar lugar al motivo de nulidad del artículo 47.1.d) LPAC, en caso de ser constitutivo de infracción penal o se dicte como consecuencia de ésta. La suplantación sucedería en un primer estadio, al sustraer la firma electrónica, y pasaría a constituir usurpación de identidad cuando comenzasen a emplearse para finalidades propias, como si de otra persona se tratase. Esta suplantación puede dar lugar a dos situaciones: (i) que el acto administrativo que incorpora una firma electrónica aplicada por un tercero ajeno a su titular suplantando su identidad reúna todos los requisitos legalmente establecidos como condición de validez, y además dicha firma pertenezca al sujeto competente para dictar el acto, o bien (ii) que la suplantación se lleve a cabo, precisamente, para dotar de un concreto contenido al acto; mientras que en el primer caso se concluye que habría posibilidad de mantener el acto si entran en escena principios como el de confianza legítima o de buena fe, en el segundo supuesto no procedería nunca el mantenimiento del acto.

DECIMOQUINTA. Ante la problemática derivada de la posible cesión de firma electrónica o de los excesos en el uso de la misma se plantea la posibilidad de que sean empleadas otras técnicas como la delegación de firma electrónica o la firma electrónica por orden. Se concluye que la primera es la más adecuada para evitar las indeseables situaciones de cesión de firma, ya que se puede efectuar permanentemente la delegación de determinadas competencias respetando los procedimientos y requisitos legalmente establecidos. También en situaciones concretas puede hacerse uso de la firma por

orden, cuando la orden es verbal, debiendo hacer constar documentalmente esta circunstancia. En ambos casos es necesaria la adaptación de los sistemas informáticos, que permitan este juego de usuarios previamente dados de alta, ya que actualmente habría problemas en la práctica para permitir el acceso a la firma de estos terceros.

DECIMOSEXTA. El documento administrativo electrónico adquiere especial relevancia en la actualidad, al ser objeto principal de la regulación jurídico-administrativa de los requisitos de carácter documental que el soporte electrónico proporciona, sin que deba identificarse el contenido del documento con su soporte, pues ambos aspectos parten de una misma realidad, pero no se deben confundir entre sí. En este sentido, se concluye que la errónea utilización de formatos en los documentos, de acuerdo con lo establecido en el ENI y en las normas técnicas derivadas, como la NTIDE, podría dar lugar a diversas consecuencias en función de la relevancia o gravedad del vicio, no obstante lo cual en la mayoría de ocasiones provocará una mera irregularidad en el documento, no invalidante en el caso del acto administrativo en soporte electrónico, salvo que el acto carezca de los requisitos esenciales para alcanzar su fin o produzca indefensión, caso en que supondría un vicio de anulabilidad, por ejemplo si el formato del documento impide a los interesados acceder a su contenido. Por su parte, el requisito que debe verificar todo documento de contener datos de identificación que permitan su individualización supone un requisito de relevancia a efectos de gestión documental, ya que permite su distinción del resto de documentos y, con ello, su remisión, búsqueda, almacenamiento o su pertenencia a varios expedientes administrativos, por lo que su eventual incumplimiento daría lugar a una mera irregularidad, no invalidante nuevamente en caso de afectar a un acto administrativo.

DECIMOSÉPTIMA. Los metadatos son uno de los más relevantes atributos que se pueden asignar a un documento administrativo en soporte electrónico, ya que su utilidad en administración electrónica se ha visto enormemente acrecentada. Tanto en documentos originales como en copias, los metadatos son datos que describen otros datos, por lo que la información que pueden contener acerca del propio documento al que se encuentran aparejados hace que, de hacerse un buen uso de los mismos, se pueda conocer prácticamente cualquier detalle de aquél simplemente consultando sus

metadatos, siendo este extremo especialmente importante en materia de interoperabilidad, ya que los sistemas informáticos de las distintas Administraciones Públicas deberán “entenderse” entre ellos, para lo cual se exige un determinado “vocabulario común”. Esta relevancia hace que se hayan establecido por las normas técnicas la preceptiva inclusión de los denominados “metadatos mínimos obligatorios”, y las irregularidades que podrían darse serían varias, como la modificación de los metadatos mínimos obligatorios posteriormente a su creación, con la excepción de aquellas modificaciones necesarias para la corrección de errores u omisiones. Su incorrección o inobservancia podría tener importantes consecuencias prácticas, no obstante éstas, en principio, operarán fundamentalmente en el plano interno de la propia Administración, dado que se trata de elementos inherentes a su propia organización y funcionamiento interno, por lo que, en principio, salvo que de ello se derive otro vicio o defecto, constituiría una mera irregularidad tanto en caso de afectar a un documento en general como un acto administrativo.

DECIMOCTAVA. La ausencia de sello electrónico de tiempo o *time stamping*, dada la regulación vigente en la LPAC, no conlleva *per se* la invalidez del documento o acto administrativo, toda vez que únicamente se exige una mera referencia temporal. Por tanto, aunque hubiese sido deseable regular esta fuente de prueba con el fin de preconstituir medios de prueba una vez incorporados los documentos o actos administrativos a un eventual proceso judicial, lo cierto es que pueden utilizarse, indistintamente, las marcas de tiempo, las cuales no son una tecnología fiable para probar la existencia de un determinado acto o documento en un momento temporal determinado, sino que emplea la mera hora y fecha existente en el equipo informático empleado para su creación para estampar en el documento tales datos. Por tanto, cualquier acto o documento administrativo en soporte electrónico con una mera referencia temporal será perfectamente válido o perfecto, respectivamente, sin perjuicio de que a efectos probatorios lo más adecuado fuese su inclusión.

DECIMONOVENA. La copia documental es otro de los aspectos que, al haberse establecido preceptivamente la gestión electrónica de procedimientos, ha adquirido una relevancia especial en materia de gestión documental. A mayor abundamiento, se

han establecido nuevas formas de realizar las copias documentales de documentos administrativos, y la copia resultante, en caso de incumplir cualquier requisito de los previstos para todos los documentos administrativos en general (artículo 26.2 LPAC), al igual que sucedía con estos, devendría defectuosa, no inválida, en tanto en cuanto debe recordarse que se ha estimado correcto reservar la categoría de la invalidez exclusivamente a los actos administrativos. Si el requisito incumplido no es de especial relevancia, podría considerarse que la copia es meramente irregular, debiendo determinarse caso a caso.

VIGÉSIMA. Las copias auténticas pueden llevarse a cabo por funcionario público habilitado o mediante actividad administrativa automatizada. En el primer caso, una de las cuestiones con más consecuencias prácticas será la relativa a la competencia para expedir copias auténticas, que la Ley reserva al personal funcionario al servicio de las Administraciones Públicas, puesto que en multitud de entes públicos no existe o es escaso este tipo de personal, al primar el de naturaleza laboral. La intervención del funcionario público habilitado supone la inclusión de un acto administrativo declarativo o de constancia que dota a la copia de su especial consideración como auténtica, por lo que el incumplimiento de este requisito originaría la invalidez de dicho acto de constancia, pasando el documento a ostentar la condición de copia no auténtica y, por ende, no tendrá el valor probatorio reforzado que caracteriza a la auténtica, sin que tenga valor ni pueda surtir efecto en ninguna Administración Pública, al ser el acto de fe pública anulable *ex* artículo 48.1 LPAC. En el segundo caso, la ausencia de inclusión de las tecnologías que están destinadas a garantizar la autoría, autenticidad e integridad de la copia provocaría la generación de una copia defectuosa carente de posibilidad de desplegar efectos, por lo que deberá ser objeto de subsanación.

VIGESIMOPRIMERA. Existen diferentes regímenes de expedición de copias auténticas regulados en la Ley: la copia electrónica de un documento electrónico original o de una copia auténtica, las copias electrónicas de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización, las copias en soporte papel de documentos electrónicos, las copias en soporte papel de documentos originales conservados también en dicho soporte y, por último, la copia electrónica compulsada o

la expedición de copias auténticas de documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo. Cada uno de los supuestos debe cumplir los requisitos específicamente previstos y, en caso de incumplimiento, podría originarse una copia defectuosa si el requisito es de entidad suficiente, mientras que sería una copia meramente irregular en caso contrario. En este sentido, además de la incompetencia ya comentada, se concluye que el incumplimiento de las normas técnicas a la hora de generar copias auténticas podría dar lugar a una copia defectuosa si impide garantizar la identidad, integridad o autenticidad del contenido de la misma en relación con el original mientras que, en caso contrario, se trataría de una copia irregular. Una importante consecuencia en el caso de la generación de un documento electrónico a partir de la digitalización de un documento, caso en el que se requiere la inclusión de la firma electrónica a la digitalización de la copia, al garantizar ésta la integridad, autenticidad y autoría de la misma, su ausencia provocaría, en primer lugar, que la copia deviniese defectuosa, y al ser necesario que dicha firma electrónica sea de funcionario público habilitado para la expedición de copias auténticas, el acto de fe pública que supone su intervención sería inválido (anulable), por lo que no podría surtir los efectos inherentes a la misma en un eventual procedimiento administrativo o judicial. En estos casos, al no ostentar el valor probatorio reforzado propio de los documentos públicos administrativos, ni cumplir el requisito esencial de todo documento administrativo electrónico de incorporar firma electrónica (artículo 26.2 LPAC), el mismo deberá considerarse como un mero documento privado.

VIGESIMOSEGUNDA. En relación con las copias, se plantea el supuesto de su eventual generación por parte de terceros ajenos a la Administración, en caso de utilización de servicios *cloud computing* para la gestión documental por parte de aquélla, al haber decidido externalizar el servicio, lo cual ya de por sí plantea serias dudas. Al respecto se concluye que la generación de copias de esta forma, al tratarse del ejercicio de potestades administrativas, dada la necesaria intervención del funcionario público habilitado a efectos de dictar el acto de constancia o fe pública, no sería posible y, en caso de procederse, la copia resultante generada por tercero sería defectuosa, al no existir acto administrativo alguno de constancia o fe pública. Únicamente sería admisible externalizar la digitalización de los documentos a efectos de la emisión de copias, pero

ello obligaría al funcionario público habilitado, con posterioridad, a comprobar la coincidencia de los documentos originales y los resultantes de la digitalización, así como incorporar el acto administrativo de constancia o fe pública mediante su firma electrónica, lo cual en la práctica no resultaría del todo viable organizativamente. Además de lo ya afirmado en relación con la improcedencia de la externalización de la generación de copias auténticas, también puede que se pretenda externalizar la gestión documental por parte de la Administración, incluso para llevar a cabo en plataformas específicas desarrolladas por terceros la actividad administrativa automatizada; en estos supuestos se vería obligada a ceder su sello electrónico, por ejemplo, salvo que emplee el CSV, no obstante lo cual en tales supuestos no podría tener la custodia y disponibilidad directa de tales documentos con CSV, cuestiones delicadas que obliga a concluir que no resulta viable este tipo de servicios de externalización puesto que, a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que los sistemas deben ser interoperables para el intercambio de documentación con otras Administraciones Públicas, lo cual haría compleja la tarea de permitir a un tercero interoperar con seguridad con los sistemas informáticos de otra Administración distinta a la que contrata tales servicios.

VIGESIMOTERCERA. La actividad administrativa automatizada supone una de las herramientas más útiles para la verificación de los principios de eficiencia y eficacia, pero, al mismo tiempo, al no ser humanos los que dictan actos o generan documentos administrativos, debe sujetarse a un régimen jurídico-técnico especial que garantice el cumplimiento de todas las garantías exigibles a la actividad administrativa. Para ello se establecen normativamente multitud de requisitos de carácter técnico, pero en este ámbito la interdisciplinariedad debe conseguir su máximo exponente, ya que éstos deben coordinarse perfectamente con otros de naturaleza jurídica de obligada observancia. Es por ello que, entre todos los requisitos, se concluye que adquiere especial relevancia la programación previa que, en este caso sí, deben efectuar personas para su posterior aplicación por parte de sistemas informáticos autónomamente, a pesar de que dichos programas informáticos en la actual legislación, a diferencia de la normativa anteriormente vigente, no son de preceptiva aprobación por el órgano responsable a efectos de impugnación de la actividad administrativa y posterior publicación, tal y como sí prevén diversas normativas sectoriales, ya que tales

programas, al contener en el lenguaje de programación correspondiente la programación previa adoptada, contienen la verdadera motivación que adoptarán los actos administrativos que posteriormente se generen automáticamente, por lo que una de las conclusiones al respecto se basa en que, a pesar de no estar previsto en la Ley, sería defendible apreciar ausencia de motivación en estos casos, ya que no resulta posible comprobar los elementos tenidos en cuenta por la Administración a la hora de dictar el acto si no hay una disposición que aprueba la actividad administrativa automatizada y regula su funcionamiento interno. No obstante, en estos casos, bastará, de ser requerido por un tercero, con que se le proporcione prueba de la aprobación de tales aplicaciones que sustentan la programación y, por ende, la actividad administrativa automatizada, a efectos de acreditar su existencia y la competencia del órgano que las aprobó. En relación con la generación automática de documentos, gracias a la programación previa se conocería si su contenido debe atender a determinados criterios que deben ser previamente aprobados o si, por el contrario, se basa en una mera recopilación de datos procedentes de una base de datos pública y es objeto de plasmación documental.

VIGESIMOCUARTA. Los sistemas automáticos deben así mismo ser objeto de las correspondientes auditorías, en las cuales se verifica, en definitiva, que su funcionamiento sigue siendo correcto, pues en caso contrario se determina que el acto administrativo resultante podría ser anulable o el documento generado defectuoso, al ser necesario un control de su adecuado funcionamiento, al estilo de los tradicionales radares en materia de tráfico y seguridad vial, que son igualmente muestra de la actividad administrativa automatizada. Debe tenerse en cuenta que un funcionamiento anormal de los sistemas automáticos puede consistir en (i) un error en la programación (distinto del fallo en el funcionamiento del sistema), al establecerse una programación inadecuada, voluntaria o involuntariamente, de forma que la decisión administrativa resultante de su aplicación no sería ajustada a Derecho, lo cual daría lugar a uno de los escasos supuestos en que se originaría la anulabilidad del acto por vicios materiales ex artículo 48 LPAC, ya que la mayoría de los supuestos de invalidez en materia de administración electrónica, como se ha comprobado, lo son por razones formales; o (ii) incapacidad del algoritmo, consistente en la imposibilidad de establecer un algoritmo



matemático para su aplicación en la programación previa que proporcione una solución exenta de errores, caso en el que el acto administrativo resultante podría devenir anulable por motivos materiales ex artículo 48.1 LPAC.

VIGESIMOQUINTA. El empleo de la firma electrónica en la actividad administrativa automatizada también tiene algunas especialidades, al preverse para ello tanto el sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado, como el Código Seguro de Verificación, siendo perfectamente válidos cualquiera de ellos, aunque el primero tiene más sentido si el documento está destinado a su almacenamiento o remisión electrónica, mientras que el segundo es más práctico cuando va a notificarse, por ejemplo, en soporte papel a una persona no obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración. Debe concluirse al respecto que, toda vez que tales medios permiten garantizar la integridad, autenticidad y autoría de los documentos y actos administrativos automáticamente generados, su ausencia daría lugar a un documento defectuoso y un acto inválido (anulable), respectivamente.

VIGESIMOSEXTA. En la actualidad se ha regulado más ampliamente la formación de voluntad (deliberación y toma de decisiones) por parte de órganos colegiados en soporte electrónico, dando así mayor cobertura a actuaciones que venían en la práctica llevándose a cabo diariamente. De dicha regulación diversas son las situaciones que posiblemente podrían originar algún incidente, como el empleo de medios electrónicos no válidos a efectos de acreditar la identidad del asistente (para lo cual se podría identificar al interlocutor mediante técnicas biométricas de reconocimiento de voz o mediante videollamadas que permitan visualizarlo) o la emisión del voto electrónico sin las garantías necesarias si se constata la ausencia de seguridad en la autenticación, casos en que podría devenir el acto anulable o el documento defectuoso. Igualmente, para la válida celebración de la sesión y, por ende, para la válida adopción de acuerdos, se concluye que es imprescindible que los medios electrónicos por los que se remita la convocatoria y se ponga a disposición la documentación sean adecuados, por lo que se proponen diversas soluciones en función del supuesto. En cuanto a la firma electrónica que debe incorporarse a la certificación de la celebración de la sesión que pudiese

solicitar un tercero, se concluye que la ausencia de firma del secretario podría conllevar la anulabilidad del acto, mientras que la del presidente sería, a lo sumo, una mera irregularidad no invalidante.

VIGESIMOSEPTIMA. La propia Administración puede generar un documento o dictar un acto que contenga un error o código malicioso de cualquier tipo, y que imposibilite la visualización del mismo al destinatario. En tales casos, se concluye que un documento administrativo electrónico viciado con un código malicioso u otro tipo de infección tecnológica debe ser considerado como defectuoso, sin que pueda desplegar efectos hasta tanto en cuanto sea notificado nuevamente sin tal defecto; por su parte, un acto administrativo que adolezca del mismo vicio será anulable, si no fuese posible acceder a su contenido sin comprometer la seguridad del propio sistema informático o directamente fuese inaccesible.

VIGESIMOCTAVA. La apreciación de defectos y vicios de invalidez en documentos y actos administrativos, respectivamente, se encuentra sujeta a determinados límites en Derecho Administrativo, propios de su vocación de permanencia, bien en aras a la protección del interés público al que responden, bien en aras a la protección de determinadas situaciones jurídicas creadas en la esfera de los ciudadanos o administrados. En primer lugar, se concluye que, a pesar de las tradicionales características predicadas de las distintas categorías de la invalidez, lo cierto es que el acto nulo, al igual que el anulable, produce de inmediato modificaciones de la realidad y, en consecuencia, efectos, por lo que hay que reaccionar contra él, dada la presunción de validez de la que gozan los actos y documentos administrativos sea cual sea su soporte. Por tanto, de un lado, se establecen límites en el artículo 110 LPAC para evitar que la apreciación de vicios suponga una carga excesivamente gravosa para el ciudadano, y además a su favor se posicionan ciertos principios como el de confianza legítima; y, de otro, se concluye que en aras al interés público a que responde toda actividad administrativa, los actos y documentos administrativos en soporte electrónico pueden igualmente ser objeto de las tradicionales técnicas de sanación. Tras el examen de las cuestiones procedentes, se concluye que estas técnicas de sanación, tales como la conservación electrónica de actos y trámites, la incomunicación electrónica de la

invalidez, la invalidez parcial, la convalidación electrónica y la conversión electrónica, resultan de aplicación a los actos y documentos generados en soporte electrónico, si bien se han detallado las particularidades que en cada caso concreto se estima deben observarse.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CUDOLÀ, V.: *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo sancionador*, Ed. Civitas, Madrid, 1994

ALAMILLO DOMINGO, I. y URIOS APARISI, X.: *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Escuela de Administración Pública de Cataluña, 1ª ed., 2011

ALAMILLO DOMINGO, I.: “El control de localización de los datos e informaciones en el *cloud*”, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Derecho y cloud computing*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., 2012

ALAMILLO DOMINGO, I.: “Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

ALAMILLO DOMINGO, I.: “La regulación de la tecnología: la superación del modelo papel como elemento de transformación digital innovadora”, en MARTÍN DELGADO, I. (Dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª ed., Madrid, 2017

ALAMILLO DOMINGO, I.: “Análisis de los anteproyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)”, Comunicación presentada en el seno de la Comisión de Expertos para la reforma de la administración electrónica celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 4 de mayo de 2015 (accesible vía web a través de la dirección: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/actividades2015/fichaalamillov1.pdf?sfvrsn=0> (última consulta efectuada el 12/10/2018)

ALAMILLO DOMINGO, I.: *Identificación electrónica y confianza en las transacciones electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de las instituciones de acreditación de la actuación electrónica*, Tesis doctoral defendida en la Universidad de Murcia en septiembre de 2018 y disponible en acceso abierto en el repositorio institucional de dicha Universidad a través de la dirección web: <https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/62>

ALENZA GARCÍA, J.F.: “Límites de la invalidez y conservación de los actos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

ALLI ARANGUREN, J.C.: *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*, Ed. Thomson Civitas, 1ª ed., Madrid, 2006

ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho romano*, Tomo I, Ed. Artigrafia, Madrid, 1973

ANDERSEN, P.: *Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe*, J. Bensheimer, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1927

ARANA GARCÍA, E.: “La indefensión como vicio de invalidez de los actos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

AZARA, A. y EULA, E. (Dirs.): *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, Ed. Torinese

BADENES GASSET, R.: *Metodología del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (Coord.), ESCRIBANO COLLADO, P. y LÓPEZ MENUDO, F.: *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*”, Vol. I, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2016

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “El acto administrativo”, en BARRERO RODRÍGUEZ, C. (Coord.), ESCRIBANO COLLADO, P. y LÓPEZ MENUDO, F.: *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*”, Vol. I, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2016

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “La notificación de los actos administrativos”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Colección Instituto García Oviedo, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “Las pruebas”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Ed. Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006

BARRIUSO RUIZ, C.: “El documento electrónico, especial referencia a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”, en COTINO

HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

BARTOLINI, A.: *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, G. Giappichelli Editore-Torino, Milano, 2002

BAUER, R, HECKMANN, D., RUGE, K., SCHALLBRUCH, M. y SCHULZ, S.E.: *Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government*, Kommunal- und Schul- Verlag, 2. Auflage, Wiesbaden, 2012

BAUZÁ MARTORELL, F.J.: “Identificación, autenticación y actuación automatizada de las Administraciones Públicas” en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

BAUZÁ MARTORELL, F.J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, Ed. Comares, Granada, 2002

BELADÍEZ ROJO, M.: “La nulidad y la anulabilidad: su alcance y significación”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994

BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994

BELADÍEZ ROJO, M.: *Los principios jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994

BELANDO GARÍN, B.: *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, Ed. Thomson Civitas, 1ª ed., Madrid, 2008

BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Metodología de la determinación del Derecho*, Tomo II, Parte Sistemática, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2013

BERNING PRIETO, A.D.: “El principio de confianza legítima”, *Revista Actualidad Administrativa La Ley*, Wolters Kluwer, nº 5, 2014

BERNING PRIETO, A.D.: “La administración electrónica y los servicios públicos digitales al albor de los progresos de la Unión Europea y el Horizonte Europa 2020: su relación con las leyes 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015, de régimen jurídico del sector público”, en MARTÍN DELGADO, I.

(Dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª ed., Madrid, 2017

BIA, A.: “La preservación digital, ¿un problema tecnológico u organizativo?” en BLASCO DÍAZ, J.L. y FABRA VALLS, M.J. (Edit.): “El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos”, Colección Estudios Jurídicos, nº 16, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 2008

BLANQUER CRIADO, D.: *Derecho Administrativo. El fin, los medios y el control*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

BLANQUER, D.: *Derecho Administrativo. El fin, los medios y el control*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

BOCANEGRA REQUENA, J.M. y BOCANEGRA GIL, B.: *La administración electrónica en España. Implantación y régimen jurídico*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011

BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. Thomson Civitas, 3ª ed., 2006

BRAUN BINDER, N.: “Elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakten über Behördenportale”, *NVwZ* 2016, 342

BRÖHL, G.M. y TETTENBORN, A.: *Das neue Recht der elektronischen Signaturen. Kommentierende Darstellung von Signaturgesetz und Signaturverordnung*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2001

BULL, H.P.: “Der vollständig automatisiert erlassene Verwaltungsakt. Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von E-Government”, *DVBl*, 7/2017

BULLING, H.U.: *Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten zusammenwirkender Behörden*, Stehle, Düsseldorf, 1963

BUSTOS PRETEL, G. (Coord.): *La gestión del documento electrónico*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018

BUSTOS PRETEL, G.: “El día en que los documentos hablen entre ellos”, en BUSTOS PRETEL, G. (Coord.): *La gestión del documento electrónico*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018

CAMMEO, F.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Ed. Cedam, Padova, 1960

CANO CAMPOS, T.: “Derechos y deberes de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas: ¿la vuelta del “administrado”? en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.):

*Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Colección Instituto García Oviedo, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016

CANO CAMPOS, T.: “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, *Revista InDret*, nº 4/2017, pp. 1-53

CANO CAMPOS, T.: “La invalidez sobrevenida de los actos administrativos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 1, 2002

CANO CAMPOS, T.: “La revocación de las autorizaciones en el ámbito económico por razones de ilegalidad sobrevenida” en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coord.): *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 821-840

CANO CAMPOS, T.: “Privaciones patrimoniales y retractos forestales sin causa: un supuesto de invalidez sobrevenida de los actos administrativos. Comentario a la STS de 21 de marzo de 2011”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 22, 2011, pp. 50-57

CANO CAMPOS, T.: “Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

CANO CAMPOS, T.: *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 2004

CANTERO MARTÍNEZ, J.: *Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la administración y de la reserva funcionarial)*, Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, celebrado en Vitoria los días 9, 10 y 11 de junio de 2010. Disponible en la web: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf> (última consulta efectuada el 12/10/2018)

CARANTA, R.: *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milano, 1990

CARBONELL PORRAS, E.: “Regulación de los órganos colegiados”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Colección Instituto García Oviedo, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016



CARBONELL PORRAS, E.: “Revisión de actos en vía administrativa”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010

CARRILLO DONAIRE, J.A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000

CASTELLS, M.: *La nascita della società in rete*, Università Bocconi Editore, 2004

CASTILLO BLANCO, F.A.: *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *Órganos colegiados electrónicos. El uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: “Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la administración electrónica”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010

CERULLI IRELLI, V. y DE LUCIA, L. (Dirs.): *L’invalidità amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009

CEVELINI, C.: “Il documento informatico e la firma digitale”, en AA.VV.: *Manuale di diritto dell’informatica e delle nuove tecnologie*, Ed. Clueb

CHINCHILLA MARÍN, M.C.: “Nulidad y anulabilidad”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coords.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, 1ª ed. reimpr., Madrid, 1993

CHINCHILLA MARÍN, M.C.: *La desviación de poder*, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1989

CHRÉTIEN, P., CHIFFLOT, N. y TOURBE, M.: *Droit administratif*, Ed. Sirey, 15ª ed., 2016

CLAVERO ARÉVALO, M.F.: “La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos”, en CLAVERO ARÉVALO, M.: *Estudios de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1ª ed., 1992

CLAVERO ARÉVALO, M.F.: “Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular de las Administraciones autónomas”, *Documentación Administrativa*, nº 58, 1962

COTINO HUESO, L.: “El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)” en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

CRUZ MUNDET, J.R.: *Administración de documentos y archivos. Textos fundamentales*, Ed. Coordinadora de Asociaciones de Archiveros, Madrid, 2011

D’ORSOGNA, M.: *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*, Ed. Thomson Aranzadi, 11ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Ed. Thomson Civitas, 2008

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1997

DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades de los contratos*, Ed. Dykinson, 2005

DHÉRENT, C.: *Les archives électroniques*, Ed. La documentation Française-Direction des Archives de France, Paris, 2002

DIETLEIN, J. y HEINEMANN, J.: “eGovernment und elektronischer Verwaltungsakt. Ein Überblick über das 3. VwVfÄndG”, *NWVBZ* 2/2005

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J.: “El principio de conservación de actos”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, 1ª ed., Madrid, 2010

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1961

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Volumen I, Ed. Tecnos, 2ª ed., 1983

DIFFIE, W. y HELLMAN, M.E.: *New directions in cryptography*, ponencia enmarcada en el Proyecto de Investigación concedido por la *National Science Foundation* (Código ENG 10173), publicados en sede del *IEEE Information Theory Workshop*, Lenox, en junio de 1975 y en el *IEEE International Symposium on Information*, Suecia, en junio de 1976

DOMÉNECH PASCUAL, G.: “El principio de presunción de validez”, en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, 1ª ed., Madrid, 2010

ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, 13ª ed. reimpr., Madrid, 2003

ESCUÍN PALOP, C.: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2004

ESCUÍN PALOP, V.: *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., Madrid, 2012

ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011

FAINI, F.: “Documenti informatici e comunicazioni telematiche”, en IASELLI, M.: *La nuova pubblica amministrazione. I principi dell’agenda digitale*, Ed. Aracne, 1ª ed., 2014

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J.: *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Ed. El Faro Ediciones, Madrid, 5ª ed., 2002

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J.: *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, Ed. El Faro Ediciones, Madrid, 6ª ed., 2002

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 58, 1969

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La doctrina de los vicios de orden público*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *La nulidad de los actos administrativos*, Ed. Jurídica Venezolana, Colección Monografías Jurídicas, nº 11, Caracas, 1979

FISCHER-DIESKAU, S.: *Das elektronisch signierte Dokument als Mittel zur Beweissicherung. Anforderungen an seine langfristige Aufbewahrung*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2006

FONDEVILA ANTOLÍN, J.: “Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958

GAETE GONZÁLEZ, E.A.: *Instrumento público electrónico*, Ed. Bosch, 3ª ed., 2009

GALÁN VIOQUE, R.: “Anulabilidad e irregularidades no invalidantes”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A.: *Acto y procedimiento administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001

GALLEGO ANABITARTE, A.: “La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública*, nº 150, 1999

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, 14ª ed., Madrid, 2017

GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010

GAMERO CASADO, E.: “Administración electrónica e interoperabilidad”, en MARTÍN DELGADO, I. (Dir.): *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª ed., Madrid, 2017

GAMERO CASADO, E.: “Funcionamiento electrónico del sector público”, en LÓPEZ MENUÑO, F. (Dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Colección Instituto García Oviedo, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016

GAMERO CASADO, E.: “Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor”, *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009, pp. 291-332

GAMERO CASADO, E.: “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

GAMERO CASADO, E.: “Las reglas generales de contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 71/72, 2008, pp. 103-138

GAMERO CASADO, E.: “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley 11/2007”, en AA.VV.: *La protección de datos en la administración electrónica*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009

GAMERO CASADO, E.: “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica: su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010

GAMERO CASADO, E.: “Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, 2016

GAMERO CASADO, E.: *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Ed. Comares, Granada, 2015

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters Civitas, 16ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2013

GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2002

GARCÍA LUENGO, J.: “Los supuestos de nulidad de pleno Derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común”, *Revista de Administración Pública*, nº 159, 2002

GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002

GARCÍA MACHO, R.J.: “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 56, 1987

GARCÍA MARTÍNEZ, J.L.: “Los metadatos en la gestión de documentos”, en BUSTOS PRETEL, G. (Coord.): *La gestión del documento electrónico*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018

GARCÍA URETA, A.: *Procedimiento administrativo y Derecho Comunitario*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2002

GARCÍA, R.M.: *Criptografía clásica y moderna*, Ed. Septem, 2009

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: *Los actos administrativos*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1991

GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Tecnos, 14ª ed., 2005

GARRIDO FALLA, F.: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956

GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I (Parte General), Ed. Tecnos, 13ª ed., Madrid, 2002

GASCÓN Y MARÍN, J.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Instituto Editorial Reus, 13ª ed., Madrid, 1955

GIANNINI, M.S.: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Ed. Giuffrè, 1950

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Infraestructuras de Telecomunicaciones y Corporaciones Locales*, Ed. Thomson Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2003

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, Ed. Thomson Civitas, 3ª ed., Madrid, 2003

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II, Ed. Thomson Civitas, 4ª ed., Madrid, 2007

HECKMANN, D. y ALBRECHT, F.: “Das Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung Anmerkungen zu E-Government und Technikneutralität”, *ZRP*, 2013, 42

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ed. Espasa Calpe, Obras Completas, Tomo 5, Madrid, 1988

HOFFMANN-RIEM, W. y SCHNEIDER, J.-P.: “Zur Eigenständigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung”, en HOFFMANN-RIEM, W. y SCHNEIDER, J.-P. (Hrsg.): *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998

HÜSCH, M.: “Rechtsicheres ersetzendes Scannen Dokumenten TR RECISCAN”, *CR*, 2014, 206

IASELLI, M.: *La nuova pubblica amministrazione. I principi dell'agenda digitale*, Ed. Aracne, 1ª ed., 2014

IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 6ª ed., 1972

IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, 6ª ed., Barcelona, 1958

IZQUIERDO CARRASCO, M.: “Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales*, E. Marcial Pons, Madrid, 2000

JANSEN, W. y GRANCE, T.: *Guidelines on Security and Privacy in Public Cloud Computing*, National Institute of Standards and Technology (U.S. Department of Commerce), NIST Special Publication, 800-144, 2011

JAPIOT, R.: *Des nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle*, Editeur Arthur Rousseau, Paris, 1909

JELLINEK, W.: *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*“, Verlag von J.C.B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 1908

JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988

JORDANO FRAGA, J.: *Nulidad de los actos administrativos y Derechos Fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997

JOWERS, R.: *Thematic Lexicon of Spanish-English Legal Terminology*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015

KAPLAN, S.M.: *Essential English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary*, Ed. Kluwer Law International, New York, 2008

KASER, M.: *Derecho Romano privado*. Ed. Reus, 2ª ed., 1982

KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1998

KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, Ed. Comares, Granada, 2002

KINGSBURY, B., STEWART R.B. y KRISCH, N.: “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, en KINGSBURY, B. y STEWART R.B.: *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Ed. Global Law Press-Editorial Derecho Global-Instituto Nacional de Administración Pública, 2016

KNACK, H.J. y HENNEKE, H.G.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, 9. Auflage, 2010

KOPP, F.O., RAMSAUER, U., TEGETHOFF, C. y WYSK, P.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck Verlag, Nördlingen, 2017

KORMANN K.: *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1910

KRÖGER, D.: “Elektronischen Signaturen im Verwaltungsverfahren”, en KRÖGER, D. y WIND, M. (Dirs.): *Handbuch IT in der Verwaltung*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2006

KROSCHWALD, S.: *Informationelle Selbstbestimmung in der Cloud. Datenschutzrechtliche Bewertung und Gestaltung des Cloud Computing aus dem Blockwinkel des Mittelstands*, Springer Vieweg-DuD, Wiesbaden, 2016

LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, 1ª ed., Barcelona, 1994

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil. Contratos*, Ed. Marcial Pons, 2010

LAUBADÈRE, A.: *Traité de droit administratif*, Tome I, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999

LEGUINA VILLA, J.: “Prólogo”, en CHINCHILLA MARÍN, M.C.: *La desviación de poder*, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1989

LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (Coords.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, 1ª ed. reimpr., Madrid, 1993

LEÓN CAVERO, R. A.: “Principio de confianza legítima. Sus orígenes y recepción por la jurisprudencia comunitaria y española”. *Revista de jurisprudencia*, Ed. El Derecho Editores, Año VII, Número 1, 2011

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, nº 52, 1988

LUCH, A.D. y TISCHER, J.: “Die öffentlich-rechtliche Schriftform und die hybride Kommunikation mittels E-Postbrief”, *DÖV* 15/2011, pp. 598-606

LUCIANI, F.: *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003



LUCIANI, F.: “L’invalidità e le altre anomalie dell’atto amministrativo: inquadramento teorico” en CERULLI IRELLI, V. y DE LUCIA, L. (Dirs.): *L’invalidità amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009

LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica de las nulidades*, Ed. Porrúa, México, 1945

MADRID PARRA, A.: “El Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica”, en MADRID PARRA, A.: (Dir.): *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007

MARTÍN DELGADO, I.: “Algunos aspectos problemáticos de la nueva regulación del uso de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 117, pp. 1-47

MARTÍN DELGADO, I.: “Concepto y régimen jurídico de la sede (administrativa) electrónica”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

MARTÍN DELGADO, I.: “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

MARTÍN DELGADO, I.: “La reforma de la administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública”, en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Colección Instituto García Oviedo, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016

MARTÍN DELGADO, I.: “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, nº 180, 2009

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: “Relaciones interadministrativas por medios electrónicos. Interoperabilidad”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., Madrid, 2009
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016
- MARTÍNEZ MOYA, J.A.: *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Ed. Diego Marín Librero, Murcia, 2012
- MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comentarios a la Ley 59/2003, de Firma Electrónica*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 2ª ed., 2009
- MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Ed. Civitas, Madrid, 2001
- MARTÍNEZ PAREDES, J.L.: *Contratación por las Administraciones Públicas de servicios TIC en modo cloud computing*, Ed. Cemci, Granada, 2016
- MARTÍNEZ PINILLA, R.: “Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos”, *TEMat*, nº 2, 2018 (accesible a través del enlace: <https://temat.es/articulo/2018-p1/>-última consulta efectuada el 12/10/2018-)
- MARTÍNEZ USERO, J.A.: *La gestión del conocimiento en la administración electrónica*, Ed. Arco Libros - La Muralla, Madrid, 2007
- MASON, S.: *Electronic Signatures in Law*, Cambridge University Press, 3ª ed., Cambridge, 2012
- MAURER, H. y WALDHOF, C.: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, 19. Auflage, München, 2017
- MAURER, H.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011
- MAYER, O.: *Derecho Administrativo alemán*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. y CUKIER, K.: *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Ed. Turner Noema, 1ª ed., 2013
- MELLADO RUIZ, L.: “De los actos administrativos: su eficacia y validez”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016
- MELLADO RUIZ, L.: “Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento*

*Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.: *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

MERCHÁN MURILLO, A.: *Evolución actual de la normativa sobre firma electrónica*, Ed. Hispalex, Sevilla, 2017

MERCHÁN MURILLO, A.: *Firma electrónica: funciones y problemática*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016

MERKL, A.: *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ed. Comares, Granada, 2004

MERLONI, F. (Dir.): *Introduzione all'eGovernment. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005

MERLONI, F.: "La documentazioni amministrativa digitalizzata. Aspetti giuridici", en MERLONI, F. (Dir.): *Introduzione all'eGovernment. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005

MONZ, T., NIGG, D., MARTÍNEZ, E.A., BRANDL, M.F., SCHINDLER, P., RINES, R., WANG, S.X., CHUANG, I.L. y BLATT, R.: "Realization of a scalable Shor algorithm", *Science*, vol. 351, issue 6277), 2016

MÜLLER, H.: "Papier zu Papier, Byte zu Byte. Die elektronischen Verwaltungsakte erreicht die Gerichte", *NZS*, 2014, 929

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 9ª ed., Valencia, 2015

MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XII, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2ª ed., Madrid, 2017

NAVARRO GONZÁLEZ, R.M.: *La motivación de los actos administrativos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2017

NIETO GARCÍA, A.: "Estudio preliminar" en BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994

PALOMAR OLMEDA, A.: "Gestión electrónica de los procedimientos", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010

PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Ed. Thomson Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007

PETERSEN, C.: *Die Rechtsprobleme des Electronic Government. Der weiter Weg zum elektronischen Verwaltungsverfahren*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2014

PIZARRO NEVADO, R.: “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (Dir.): *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016

PUNZÓN MORALEDA, J.: “El documento tecnológico en el ámbito jurídico administrativo”, en PUNZÓN MORALEDA, J. (Coord.): *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, Ed. Lex Nova, 2005

REBOLLO PUIG, M., VERA JURADO, D.J. (Dirs.) y CARBONELL PORRAS, E. (Coord.): *Derecho Administrativo. Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2017

REBOLLO PUIG, M.: “La presunción de validez”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 125, 2005

REBOLLO PUIG, M.: “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Documentación Administrativa*, nº 263-264, 2002

RIVERO ORTEGA, R.: *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Ed. Thomson Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2008

ROMANO TASSONE, A.: *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Ed. Giappichelli Editore, Torino, 1993

ROMANO, S.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Ed. Cedam, Padova, 1930

RÖMER, C.: *Nichtigkeit und Nichtigkeitserklärung von Verwaltungsakten*, Dissertations Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf, 1938

ROßNAGEL, A. y NEBEL, M.: “Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente”, *NJW*, 2014, 886

ROßNAGEL, A., FISCHER-DIESKAU, S. y WILKE, D.: “Transformation von Dokumenten. Zur Notwendigkeit einer Technik- und Rechtsgestaltung”, *CR* 12/2005

ROßNAGEL, A., FISCHER-DIESKAU, S., JANDT, S. y KNOPP, M.: *Langfristige Aufbewahrung elektronischer Dokumente*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2007

SACHS, M.: “§ 43 Wirksamkeit des Verwaltungsaktes”, en STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 9. Auflage, Nördlingen, 2018

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, 1ª ed., Madrid, 2010

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público*, Instituto de Estudios Administrativos, 2ª ed., Madrid, 1975

SANZ LARRUGA, F.J.: “Documentos y archivos electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010

SANZ LARRUGA, F.J.: “Gestión documental”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

SANZ LARRUGA, F.J.: “Los archivos electrónicos en el ecosistema jurídico-administrativo”, en VV.AA.: *El archivo electrónico en la administración digital: 23 Jornadas de Archivos Universitarios*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 2017

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D.: “El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 114, 2002

SCHMID, A.: “Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts (§ 35a VwVfG) sowie die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts über öffentlich zugängliche Netze (§ 41 Abs. 2a VwVfG)”, *jurisPR-ITR* 3/2017, Anm. 2

SCHMIDT-ARßMANN, E.: “El método de la ciencia del Derecho Administrativo”, en BARNES, J.: *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Ed. Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006

SCHMIDT-ARßMANN, E.: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Ed. Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003

SCHMITZ, H. y PRELL, L.: “Neues zum E-Government”, *NVwZ* 18/2016, pp. 1273-1280

SCHNEIDER, J.P.: “Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz. Syst. B Europäische Datenschutzrichtlinie”, en WOLFF, H.A. y BRINK, S.: *Datenschutzrecht in Bund und Ländern*, C.H. Beck, 2013

SENDÍN GARCÍA, M.A.: “Concepto jurídico de documento”, *Diario La Ley*, nº 6587, Ed. Wolters Kluwer, 2006

SENDÍN GARCÍA, M.A.: *Régimen jurídico de los documentos. Aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*. Ed. Comares, Granada, 2009

SHAPIRO, C. y VARIAN, H.R.: *El dominio de la información. Una guía estratégica para la economía de la red*. Ed. Antoni Bosch, 2000

STELKENS, P., BONK, H.J. y SACHS, M.: *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 9. Auflage, Nördlingen, 2018

TARRÉS VIVES, M.: “Las normas técnicas en Derecho Administrativo”, *Documentación Administrativa*, nº 256-266, 2003, pp. 151 y ss.

TARRÉS VIVES, M.: *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Documentos y archivos electrónicos”, en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.): *Administración electrónica y ciudadanos*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011

VALERO TORRIJOS, J.: “Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010

VALERO TORRIJOS, J.: “El alcance de la protección constitucional del ciudadano frente al uso de medios electrónicos por las Administraciones Públicas”, en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

VALERO TORRIJOS, J.: “La Administración pública en la nube. Análisis de las implicaciones jurídicas desde la normativa sobre administración electrónica” en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Derecho y cloud computing*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 1ª ed., 2012

VALERO TORRIJOS, J.: *Derecho, innovación y administración electrónica*, Ed. Sevilla: Global Law Press - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013

VALERO TORRIJOS, J.: “Los órganos administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

VECCHIO, M.G.: “La documentazione amministrativa digitalizzata. Aspetti conoscitivi”, en MERLONI, F. (Dir.): *Introduzione all'eGovernment. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005

VELASCO CABALLERO, F.: “El acto administrativo: concepto, clases y contenido”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

VILLAR PALASÍ, J.L.: “La doctrina del acto confirmatorio”, *Revista de Administración Pública*, nº 8, 1952

VON HIPPEL, E.: *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1924

VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Ed. Comares, Granada, 1998

VON ONDARZA, P.: *Digitale Signaturen und die staatliche Kontrolle von Fremdleistungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001

VON SAVIGNY, F.K.: *Sistema del Derecho Romano actual*, Ed. Comares, Granada, 2005

VON SECK, C.: *Die elektronische Signatur im Hinblick auf die Haftung der Zertifizierungsdiensanbieter*, Phillips-Universität zu Marburg, 2003

VV.AA.: *Enciclopedia Gran Larousse Universal*, Tomo XI, Ed. Plaza y Janés, Librairie Larousse, 1994

VV.AA.: *Guía de aplicación de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2ª ed., Madrid, 2016

VV.AA.: *Manual de Documentos Administrativos*, Ed. Tecnos-Ministerio de Administraciones Públicas, 3ª ed., Madrid, 2003

VV.AA.: *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, Ed. Clueb, 2000

VV.AA.: *Técnicas criptográficas de protección de datos*, Ed. Ra-Ma, 3ª ed., 2004

WERNER, F.: “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, *DVBl*, 1959

WIDMANN, A.: “PeP – Der elektronische Einkauf der Bundesagentur für Arbeit”, en EßIG, M.: *Exzellente öffentliche Beschaffung Ansatzpunkte für einen wirtschaftlichen und transparenten öffentlichen Einkauf*, Ed. Springer Gabler, Wiesbaden, 2013

WILLEMS, W. y GUTIÉRREZ GARCÍA, I.: *Una introducción a la criptografía de clave pública*, Ed. Universidad del Norte, 2ª ed., 2010

WINDSCHEID, B.: *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Ed. Buddeus, Düsseldorf, 1847

WINSCHIED, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1887

WOODLEY, M.: *Osborn’s Concise Law Dictionary*, Ed. Thomson Reuters-Sweet & Maxwell, 11ª ed., 2009

ZANOBINI, G.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, Ed. Giuffrè, Milano, 1958